

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

UNIVERSITA' DEGLI STUDI ROMA TRE

Scuola Dottorale "Tullio Ascarelli"

Diritto Privato per l'Europa

Sezione Diritto Civile-Area Diritto Civile

Dipartimento di Studi Giuridici

XX Ciclo

***IL DANNO NON PATRIMONIALE
DA INADEMPIMENTO***

Dottoranda

Valentina Tomarchio

Relatore

Chiar.mo Prof. Renato Clarizia

Anno accademico 2006/2007

VALENTINA TOMARCHIO

**IL DANNO NON PATRIMONIALE
DA INADEMPIMENTO**

INDICE

INTRODUZIONE	Pag. I
<i>PARTE PRIMA</i>	
DANNO NON PATRIMONIALE E RESPONSABILITA' PER INADEMPIMENTO	
CAPITOLO I	
L'evoluzione della nozione di danno non patrimoniale	
1.1. Premessa	Pag. 1
1.2. Il danno non patrimoniale nel sistema della responsabilità civile, secondo l'impostazione liberale post-codicistica	Pag. 2
1.3. La lettura costituzionalmente orientata della responsabilità civile e l'emergere del sistema c.d. tripartito	Pag. 3
1.4. La svolta giurisprudenziale del 2003: una nuova interpretazione dell'art. 2059 c.c. e il c.d. neo- bipolarismo costituzionale	Pag. 17
1.5. L'attuale ambito del danno non patrimoniale e le incerte sorti del danno esistenziale	Pag. 20
CAPITOLO II	
Il problema della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento e la questione del fondamento normativo	
2.1. La tesi tradizionale contraria al risarcimento	Pag. 36

- 2.2. Il tentativo giurisprudenziale di aggirare la questione: il preteso cumulo tra responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale. Critiche. Pag. 41
- 2.3. Gli argomenti che devono far propendere per la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento Pag. 47
- 2.4. La controversa questione del fondamento normativo: la tesi favorevole all'applicazione dell'art. 2059 c.c. Critiche. Pag. 53
- 2.5. *Segue.* Necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme in materia di responsabilità contrattuale e applicabilità dell'art. 1218 c.c. Pag. 57
- 2.6. Il problema del limite del risarcimento in caso di danni non patrimoniali da inadempimento. Il ruolo fondamentale degli artt. 1174 c.c. e 1225 c.c. Pag. 63

PARTE SECONDA

I RISCONTRI GIURISPRUDENZIALI IN TEMA DI DANNO NON PATRIMONIALE DA INADEMPIMENTO

PREMESSA

CAPITOLO III

Il danno da inadempimento nel settore del lavoro

- 3.1. Il mondo del lavoro come settore privilegiato per il riconoscimento di danni non patrimoniali da inadempimento: natura contrattuale della responsabilità datoriale e rinnovata attenzione per i pregiudizi “esistenziali” Pag. 69

- 3.2. Il *mobbing* quale fonte di danno non patrimoniale da inadempimento nella recente giurisprudenza Pag. 76
- 3.3. Il danno non patrimoniale da demansionamento ha natura contrattuale: analisi delle Sezioni Unite del 2006 Pag. 89
- 3.4. Altre ipotesi giurisprudenziali in cui si riconosce il risarcimento di danni non patrimoniali per la violazione degli obblighi *ex artt.* 2087 e 2103 c.c. Pag. 100

CAPITOLO IV

Il danno da inadempimento nel settore sanitario

- 4.1. Il problema dell'inquadramento giuridico: la responsabilità da "contatto sociale" del medico e la configurabilità di un'autonoma responsabilità contrattuale della struttura ospedaliera Pag. 111
- 4.2. *Segue.* Il riparto dell'onere probatorio in ordine alla colpa medica e al nesso di causalità. Il recente approdo delle Sezioni Unite n. 577/2008 Pag. 122
- 4.3. Risarcimenti per errato intervento chirurgico: una conferma della configurabilità del danno non patrimoniale da inadempimento in ambito sanitario Pag. 129
- 4.4. *Segue.* L'inadempimento dell'obbligo di informazione nei confronti del paziente come autonoma fonte di risarcimento dei danni non patrimoniali Pag. 131
- 4.5. L'omessa diagnosi di malformazioni del feto: inadempimento del contratto tra medico e gestante e individuazione dei soggetti legittimati al risarcimento dei danni non patrimoniali Pag. 139

CAPITOLO V

Il danno non patrimoniale in particolari ipotesi di inadempimenti contrattuali

- 5.1. Responsabilità degli insegnanti per i danni dell'alunno cagionati a se stesso: la qualificazione in

termini di “contatto sociale” delle Sezioni Unite del 2002
contribuisce ad individuare un’ulteriore ipotesi di danno
non patrimoniale da inadempimento Pag. 156

5.2. Alcune considerazioni in tema di danno
“esistenziale” da inadempimento dei contratti di servizio,
così come risarcito dalla recente giurisprudenza di merito Pag. 157

CAPITOLO VI

Il danno non patrimoniale da inadempimento in ambito europeo

6.1. Il contributo offerto dalla giurisprudenza
comunitaria: il caso del “danno morale da vacanza
rovinata” Pag. 162

6.2. I Principi Unidroit ed i Principi di diritto europeo dei
contratti: prospettive per un riconoscimento normativo a
favore della risarcibilità Pag. 166

BIBLIOGRAFIA Pag. 168

INTRODUZIONE

La risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, allo stato privo di studi organici e raramente affrontato a livello monografico, costituisce oggi un argomento di stringente attualità, non solo alla luce dello straordinario interesse cui è stata di recente oggetto la materia del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., dopo le storiche pronunce del 2003 della Cassazione e della Consulta, ma anche a seguito di un nuovo orientamento giurisprudenziale che sembra aver ormai intaccato il monolitico atteggiamento di tradizionale ostilità verso il riconoscimento del danno non patrimoniale da inadempimento.

Scopo del presente lavoro è quello di offrire un contributo di riflessione sull'argomento. Partendo dal pluridecennale dibattito di dottrina e giurisprudenza sul danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., si affronta la problematica nell'ottica della responsabilità contrattuale, pervenendo a dimostrare come, accanto ai danni non patrimoniali da illecito civile, sono risarcibili, nel nostro ordinamento, anche i danni non patrimoniali da inadempimento, cioè quei danni derivanti dalla violazione di un preesistente vincolo tra soggetti determinati in base ad un titolo contrattuale o ad altra obbligazione.

Con l'espressione "danno non patrimoniale da inadempimento" si intende, infatti, la lesione di tipo non economico che può conseguire alla mancata osservanza dei vincoli assunti con una obbligazione. Essa ricomprende, dunque, quella modificazione peggiorativa che non si presta ad una oggettiva e diretta valutazione in denaro e che deriva dalla violazione di un preesistente vincolo di natura non solo contrattuale ma anche, più genericamente, obbligatoria. Per questo, la suddetta espressione è senz'altro più esatta di quella, spesso utilizzata come sinonimo, di "danno non patrimoniale contrattuale".

La configurabilità e la risarcibilità del c.d. danno non patrimoniale da inadempimento è, ancora oggi, tutt'altro che pacifica sia in dottrina che in

giurisprudenza: ci si chiede, infatti, se la violazione di un'obbligazione possa determinare, oltre ad un pregiudizio di carattere patrimoniale, anche un pregiudizio non suscettibile di valutazione economica, sotto forma di danno biologico, danno morale o qualsiasi altro danno non patrimoniale.

Il problema si pone in quanto nel nostro Codice Civile l'unica disposizione che prende espressamente in considerazione il risarcimento dei danni non patrimoniali è l'art. 2059 c.c., dettato però in materia di fatti illeciti, mentre non esiste una norma speculare in tema di responsabilità per inadempimento: pur se il legislatore del 1942 ha previsto, all'art. 1174 c.c., la rilevanza anche dell'interesse non patrimoniale del creditore, manca una correlata disciplina sotto il profilo della responsabilità e della risarcibilità di un danno non patrimoniale da inadempimento.

Fino a tempi recenti, la questione non è stata oggetto di particolare attenzione da parte di dottrina e giurisprudenza: il tema della risarcibilità del danno non patrimoniale, che ha prodotto, sul piano della responsabilità extracontrattuale, un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale volto a soddisfare l'istanza di tutela piena ed effettiva dei beni e degli interessi della persona, non è stato allo stesso modo sviluppato, invece, per quel che concerne la problematica del danno non patrimoniale nascente dall'inadempimento di un'obbligazione.

La risarcibilità di questo danno è stata, anzi, negata dalla dottrina tradizionale e dalla giurisprudenza maggioritaria, che vedono nella patrimonialità degli interessi tutelati *ex contractu*, un insuperabile ostacolo alla risarcibilità di pregiudizi non patrimoniali, ritenendo che il danno non patrimoniale presupponga sempre e solo l'esistenza di una responsabilità extracontrattuale. Le poche posizioni di maggiore apertura, peraltro, evidenziano un'attitudine di grande cautela nei confronti del problema, affermandosi che, al di fuori della lesione dei diritti fondamentali e delle rare ipotesi di inadempimenti-reati, il danno non patrimoniale contrattuale è giuridicamente irrilevante.

Tuttavia, partendo dalla centralità della persona umana nella gerarchia dei valori costituzionali, si è progressivamente compiuta una rilettura degli

istituti civilistici ed un mutamento di prospettiva rispetto all'impostazione patrimonialistica che emerge dal Codice Civile del 1942.

In particolare, la sempre più avvertita necessità di garantire una tutela effettiva dei bisogni ed interessi non patrimoniali inerenti alla persona non può non imporre un più generale ripensamento dell'impostazione tradizionale, dovendosi ammettere, come d'altro canto mostra di orientarsi una parte della più recente giurisprudenza, la risarcibilità di danni non patrimoniali a prescindere dalla fonte (contrattuale o extracontrattuale) da cui ha avuto origine la lesione.

Un contributo significativo in tal senso è stato senza dubbio offerto dalla epocale svolta compiuta dalla Cassazione, con le due c.d. "sentenze gemelle" del 2003, nn. 8827 e 8828, seguite dalla nota pronuncia della Corte Costituzionale n. 233/2003, che hanno consentito il definitivo superamento dei limiti di cui all'art. 2059 c.c., affermando la risarcibilità di ogni lesione, cagionata da illecito extracontrattuale, di un interesse costituzionalmente protetto inerente alla persona umana, al di là del mero danno morale da reato.

Si è trattato di un fondamentale approdo dell'evoluzione giurisprudenziale che, pur avendo riguardato esclusivamente l'art. 2059 c.c., è espressione della tendenza in atto nel diritto moderno di riconoscere una tutela sempre più estesa delle situazioni giuridiche non patrimoniali.

PARTE PRIMA

**DANNO NON PATRIMONIALE
E RESPONSABILITA' PER INADEMPIMENTO**

CAPITOLO PRIMO

L'EVOLUZIONE DELLA NOZIONE DI DANNO NON PATRIMONIALE

1.1. Premessa

Un'indagine che si proponga di approfondire la questione della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento non può che prendere le mosse dalla verifica dell'esatta nozione di danno non patrimoniale.

Infatti, al fine di cogliere la portata dell'innovativa tesi della risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento, è bene anzitutto considerare la complessa evoluzione dottrina e giurisprudenziale che ha interessato la controversa categoria del "danno non patrimoniale" *tout court*. In particolare, si esaminerà l'ampio dibattito di dottrina e giurisprudenza che, in assenza di una definizione legislativa, si è sviluppato al fine di individuare sia i "confini esterni", che delimitano il concetto di non patrimonialità riferito al danno di cui all'art. 2059 c.c., sia i "confini interni", cercando di dare una collocazione alle nuove figure di danno non patrimoniale di creazione giurisprudenziale.

Si vedrà, pertanto, come dall'interpretazione restrittiva del danno non patrimoniale, identificato con il solo danno morale da reato *ex art. 2059 c.c.*, si è passati al tentativo di ampliare le maglie del risarcimento per danni alla persona attraverso la creazione di nuove figure, delle quali emblematica è quella del danno biologico, individuandone il fondamento nella più generale disposizione di cui all'art. 2043 c.c.; sino ad approdare alla più recente impostazione che, inaugurata con le due storiche sentenze della Cassazione nn. 8827 e 8828 del 2003 (confermate dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 233/2003), ha ricondotto nuovamente l'intero universo della responsabilità civile ad un sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale, quest'ultimo comprensivo non più solo del danno

morale da reato, ma anche del danno biologico e di ogni altro pregiudizio diverso ed ulteriore, purché costituente conseguenza della lesione di un interesse costituzionalmente protetto.

Si vedrà, infine, come tale evoluzione, che ha riguardato il concetto di danno non patrimoniale derivante da responsabilità extracontrattuale, fornisce un contributo significativo anche rispetto alla questione della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, quantomeno nella parte in cui chiarisce la nozione di danno non suscettibile di valutazione economica, ne individua le voci risarcibili e valorizza la necessità di una tutela risarcitoria dei diritti ed interessi inerenti alla persona, implicitamente ricavabile dal riconoscimento costituzionale di cui all'art. 2 Cost.

1.2. Il danno non patrimoniale nel sistema della responsabilità civile, secondo l'impostazione liberale post-codicistica

Il punto di partenza di questa analisi non può che essere il dato normativo. Come noto, l'unica disposizione codicistica che fa espressamente riferimento al danno non patrimoniale è l'art. 2059 c.c., che, limitandosi a stabilirne la risarcibilità nelle sole "ipotesi determinate dalla legge", si configura come una fattispecie tipica, a differenza della clausola generale di cui all'art. 2043 c.c.

Ebbene, sulla base di un'interpretazione letterale degli artt. 2043 c.c. e 2059 c.c., avallata dalla concezione liberale di impronta marcatamente patrimonialistica, dominante all'epoca dell'entrata in vigore del Codice Civile, la dottrina e la giurisprudenza tradizionali avevano configurato la responsabilità civile quale sistema incentrato sul danno patrimoniale di cui all'art. 2043 c.c., parametrato sulla "perdita" intesa come diminuzione patrimoniale precisamente calcolabile in base alla differenza di valore del patrimonio del soggetto danneggiato prima e dopo l'evento lesivo. L'art. 2059 c.c., invece, veniva posto in una posizione meramente ancillare, consentendo la risarcibilità del danno non patrimoniale solo nei casi determinati dalla legge, i quali, fatta eccezione per alcune ipotesi particolari, venivano normalmente individuati, in virtù dell'espressa previsione di cui

all'art. 185, II co., c.p., nelle fattispecie integranti ipotesi di reato¹. E' evidente, quindi, come tale impostazione tradizionale finisse con il rendere estremamente difficoltosa la risarcibilità dei danni non aventi carattere patrimoniale, risarcibilità che restava ad esempio esclusa ogni qual volta non poteva configurarsi un reato per difetto di uno dei suoi requisiti essenziali. La rigidità di questa ricostruzione del sistema della responsabilità civile ha così comportato per lungo tempo la conseguenza di lasciare sforniti di tutela molti interessi afferenti alla sfera non patrimoniale della persona, ogni qual volta, esclusa la possibilità di un risarcimento in forma specifica ex art. 2058 c.c., fosse difficile configurare una "perdita", come sopra definita, risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c. e non si fosse in presenza di una fattispecie di rilevanza penalistica, tale da rendere possibile l'applicazione dell'art. 2059 c.c.²

1.3. La lettura costituzionalmente orientata della responsabilità civile e l'emergere del sistema c.d. tripartito

La soluzione offerta da questa impostazione "pan-economica" del diritto privato inizia ad essere avvertita come fortemente insoddisfacente quando, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, è andata sempre più emergendo la necessità di tutelare tutti quei valori della persona (di carattere tipicamente non patrimoniale), anche laddove non si fosse rientrati nell'ambito di operatività del combinato disposto degli artt.

¹ In seguito, i casi di risarcibilità del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. furono ampliati, includendovi anche altre ipotesi legislative. Si considerino, ad esempio: il d.lgs. n. 117/1988, in materia di responsabilità civile dei magistrati per ingiusta privazione della libertà personale nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali; l'art. 29, co. 9, l. n. 675/1996, che prevedeva il risarcimento dei danni non patrimoniali in casi di violazione della riservatezza (cfr. ora l'art. 152, II co., d.lgs. n. 196/2003); l'art. 89 c.p.c. e l'art. 598 c.p., in tema di utilizzo di espressioni offensive negli scritti difensivi di un procedimento civile o penale; l'art. 44, co. 7, d.lgs. n. 286/1998, sull'adozione di atti discriminatori per motivi razziali, etnici o religiosi; l'art. 2, l. n. 89/2001, in tema di risarcimento del danno per irragionevole durata del processo. Comunque, come può agevolmente desumersi dal carattere settoriale di operatività delle norme menzionate, il tratto distintivo dell'impostazione tradizionale era sempre l'eccezionalità del risarcimento del danno non patrimoniale, circoscritto solo ai casi espressamente previsti dalla legge.

² Per le prime analisi sull'interpretazione dell'art. 2059 c.c., v. Scognamiglio, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 316. Cfr. anche Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

2059 c.c. e 185 c.p.³ In particolare, il mutato contesto sociale a seguito delle trasformazioni economiche realizzatesi dal dopoguerra in poi e la nuova dimensione assunta dalla persona alla luce dei valori solidaristici ed egualitari contenuti nella Carta Costituzionale avevano mostrato l'incapacità del modello tradizionale di danno a rispondere alle esigenze dell'individuo, sempre più esposto, come mai in passato, alle aggressioni alla propria sfera giuridica più intima.

Pertanto, avvertendo la necessità di una più estesa tutela della persona umana che non si limitasse al risarcimento delle perdite patrimoniali e, solo in ipotesi di reato, anche al pregiudizio non patrimoniale, già alla fine degli anni cinquanta un'autorevole dottrina⁴ aveva criticato la concezione tradizionale che ravvisava nell'art. 2043 c.c. la norma deputata al ristoro del solo danno patrimoniale in senso stretto, evidenziando come il dato letterale non fornisse alcun supporto a tale tesi, poiché l'espressione ampia ed indifferenziata di "danno" ivi contenuta non poneva alcun ostacolo a ricomprendere nel concetto di danno risarcibile anche il "danno personale", ossia il danno inferto ad un valore non patrimoniale inerente alla persona in quanto tale. Partendo da tale suggerimento, la dottrina del decennio successivo⁵ ha dato l'avvio ad una significativa rivisitazione della categoria dell' "ingiustizia del danno" di cui all'art. 2043 c.c., dimostrando come l'elasticità e l'estensibilità della clausola generale prevista in tale norma, interpretata alla luce dei valori costituzionali, avrebbe potuto consentire un progressivo ampliamento dell'area della responsabilità civile, in corrispondenza dell'emergere nella realtà sociale di sempre nuovi interessi ritenuti meritevoli di tutela.

È stata, comunque, soprattutto l'opera giurisprudenziale a determinare il progressivo e definitivo allontanamento dall'impostazione tradizionale,

³ In argomento, cfr. Dionisi, *Verso la depatrimonializzazione del diritto privato*, in *Rass. Dir. civ.*, 1980, 644.

⁴ Scognamiglio, *Il danno morale*, cit.

⁵ Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, cit.; Trimarchi, *Causalità e danno*, Milano, 1967.

attraverso l'applicazione, ai casi concreti, di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2043 c.c.⁶

In particolare, a seguito delle resistenze manifestate dalla Corte Costituzionale in ordine alla rimozione, per illegittimità costituzionale, della riserva di legge di cui all'art. 2059 c.c., la giurisprudenza ha compiuto una duplice operazione ermeneutica. Da un lato, di fronte alla limitazione posta dall'art. 2059 c.c. alla risarcibilità dei danni non patrimoniali, ha optato per la soluzione di circoscrivere l'ambito di operatività di tale norma, affermando che la riserva di legge ivi prevista si riferiva alle sole sofferenze morali transeunti derivanti da un fatto di reato (c.d. danno morale soggettivo da reato); mentre, dall'altro lato, ha iniziato ad ampliare il più possibile la sfera di applicazione della clausola atipica *ex art. 2043 c.c.*, creando nuove figure di danno alla persona, di cui si è potuta affermare la generalizzata risarcibilità attraverso la loro riconduzione nell'ambito di operatività del citato art. 2043 c.c.

Quanto alla prima operazione ermeneutica, essa è consistita nel dare soluzione all'interrogativo se l'art. 2059 c.c. fosse riferibile ai danni non patrimoniali di qualsiasi tipo, scaturenti dalla lesione di beni immateriali appartenenti a ciascun soggetto (ad esempio, l'onore, l'integrità fisica, la riservatezza, ecc.), oppure se l'art. 2059 c.c. si riferisse solo ai c.d. danni morali puri, consistenti nel turbamento emotivo momentaneo⁷. Dopo

⁶ Per un'analisi di dottrina e giurisprudenza sul punto, cfr. Comandè, *Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto*, in *Contr. e Impr.*, 1994, 870; cfr. anche Rescigno, *Il danno non patrimoniale (le letture dell'art. 2059 c.c. tra interpretazione e riforma)*, in *Dir. e Inf.*, 1985, p. 5 e ss.

⁷ Infatti, in seno all'impostazione tradizionale, era possibile individuare due differenti ricostruzioni. La c.d. lettura estensiva dell'art. 2059 c.c., pur circoscrivendo la risarcibilità dei danni non patrimoniali ai casi espressamente individuati dalla legge, comprendeva nella categoria dei danni *ex art. 2059 c.c.* non solo le sofferenze psicologiche transeunti, ma anche ogni altra lesione ad interessi non economici del soggetto. In questo senso si era in un primo momento orientata anche la Corte Costituzionale quando, nel 1979, a seguito di due questioni di legittimità sollevate relativamente agli artt. 2043 c.c. e 2059 c.c. (in quanto tali norme, così come tratteggiatamente interpretate, non avrebbero consentito il risarcimento del danno alla salute), si espresse con due sentenze di rigetto. Nella prima decisione (C.Cost., 26 luglio 1979, n. 87, in *Resp. civ. e prev.*, 1979, 698 ss.), la Corte dichiarò l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c., sollevata in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., osservando che il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi previsti dalla legge e che rientra nella discrezionalità del legislatore adottare un trattamento differenziato tra il mero illecito civile e l'illecito costituente reato. Con la seconda decisione (C.Cost., 26 luglio 1979, n. 88, in *Resp. civ. e prev.*, 1979, 698 ss.), invece, la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla conformità dell'art. 2043 c.c. all'imperativo

un'iniziale adesione della stessa giurisprudenza costituzionale alla prima tesi⁸, fu successivamente la seconda impostazione, basata su una c.d. lettura restrittiva dell'art. 2059 c.c., a divenire ben presto prevalente⁹. Risultava, infatti, evidente che ricondurre la lesione di tutti i valori non patrimoniali, quali anzitutto la salute, nell'alveo dell'art. 2059 c.c., significasse comprimerne in modo inammissibile la tutela, poiché tale norma, così come allora interpretata, poteva operare solo nei casi previsti dalla legge, *rectius* nei casi di coincidenza tra illeciti civili e penali. Da qui, l'affermarsi dell'interpretazione restrittiva dell'art. 2059 c.c., basata sulla necessità di circoscrivere il danno non patrimoniale, cui si riferisce tale disposizione, solo ai patemi d'animo di carattere momentaneo, limitando così l'operatività della riserva di legge ivi prevista esclusivamente al c.d. *danno morale puro*, cioè al dolore transeunte conseguente ad un fatto di reato¹⁰.

Questa tesi prospettava inoltre una completa rivisitazione del sistema della responsabilità civile, in quanto, a fronte del restringimento del campo di applicazione dell'art. 2059 c.c., essa faceva leva su una contestuale interpretazione estensiva dell'art. 2043 c.c., al fine di affermare una più ampia risarcibilità di tutti quei danni cagionati a beni afferenti alla persona.

Si tratta della suddetta seconda operazione ermeneutica compiuta dalla giurisprudenza, questa volta riguardante l'art. 2043 c.c. e basata sulla

costituzionale di tutela risarcitoria del diritto alla salute, ha negato la sussistenza del lamentato contrasto con gli artt. 3, 24 e 32 Cost., ritenendo che la norma deputata alla tutela del diritto alla salute, riconosciuto diritto primario ed assoluto pienamente operante anche nei rapporti tra privati, a prescindere da ogni incidenza sul reddito, è l'art. 2059 c.c. La Corte, pertanto, ha in quella occasione affermato che il danno di cui alla citata disposizione "si estende fino a ricomprendere ogni danno non suscettibile direttamente di valutazione economica, compreso quello alla salute". La ricostruzione appena tracciata, tuttavia, non andava esente da pesanti critiche, in quanto era evidente che ricondurre la lesione di tutti i valori non patrimoniali, quali anzitutto la salute, nell'alveo dell'art. 2059 c.c., significasse comprimerne in modo inammissibile la tutela. Da qui, il successivo affermarsi della soluzione orientata verso una lettura restrittiva dell'art. 2059 c.c.

⁸ Cfr. le citate sentenze C. Cost., 26 luglio 1979, nn. 87 e 88, in *Resp. civ. e prev.*, 1979, 698 ss.

⁹ Cfr., ad esempio, Cass., 2 giugno 1984, n. 3344, in *Resp. civ. prev.*, 1985, 69. La consacrazione definitiva dell'interpretazione restrittiva dell'art. 2059 c.c. si è avuta, comunque, con la storica sent. C.Cost. 14 luglio 1986, n. 184, in *Giur. It.*, 1987, I, 1, 392, di cui si dirà più diffusamente *infra*. Per un'esauriente panoramica giurisprudenziale sull'argomento, v. Petrelli, *Il danno non patrimoniale*, Padova, 1997, p. 5 e ss.

¹⁰ La tesi restrittiva dell'art. 2059 c.c. ha trovato largo seguito anche in dottrina. Cfr., ad esempio: Scognamiglio, *Il danno morale*, cit.; Scaliti, *Alcuni aspetti del danno non patrimoniale nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 1761; Procida-Mirabelli-Di Lauro, *La riparazione del danno alla persona*, Napoli, 1993, 278; Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, 567.

estensione del concetto stesso di “patrimonio”, non più inteso in senso materiale, quale complesso di diritti su beni aventi valore di scambio, ma ampliato sino a ricomprendere anche i beni aventi solo valore d’uso e persino i beni immateriali, quali quelli riguardanti la sfera personale dell’individuo.

Ciò ha comportato in molti casi la creazione di vere e proprie nuove figure di danno, volte a fornire, attraverso il ricorso all’art. 2043 c.c., un adeguato riscontro risarcitorio alla lesione di vari aspetti della personalità, primo tra tutti il diritto alla salute.

E’ proprio in un simile contesto ermeneutico che si afferma la figura del c.d. *danno biologico*, cioè il danno all’integrità psico-fisica della persona, il cui risarcimento inizia ad essere accordato ai sensi dell’art. 2043 c.c. da una innovativa giurisprudenza di merito¹¹ già verso la fine degli anni settanta e che negli anni ottanta-novanta ottiene un sempre più diffuso riconoscimento anche da parte della giurisprudenza di legittimità e della stessa Corte Costituzionale, che viene a mutare in tal modo la propria originaria impostazione.

La nuova fattispecie del danno biologico ha costituito così il primo vero scossone all’impianto codicistico della responsabilità civile, come tradizionalmente interpretato.

Va comunque segnalato che anche il contenuto di tale nuova figura di danno si è venuto definendo solo progressivamente ed è stato a sua volta il

¹¹ Si tratta, in particolare, di alcune pronunce del Tribunale di Genova. Cfr., ad es., Trib. Genova, 15 dicembre 1975, in *Foro It.*, 1976, 1997; Id, 20 ottobre 1975, in *Giur. It.*, 1976, I, 443; App. Genova, 17 luglio 1975, in *Giur. Mer.*, 1977, 302; Trib. Genova, 25 maggio 1974, in *Giur. It.*, 1975, I, 54. Il Tribunale genovese fu il primo ad aver sostenuto la risarcibilità del danno all’integrità psico-fisica in sé e per sé considerata, in base ad una valutazione standardizzata, orientata verso l’automatismo dei parametri liquidativi realizzato attraverso la predisposizione di apposite tabelle di riferimento, così da risarcire allo stesso modo lesioni equivalenti (variando il *quantum* solo in considerazione dell’età e del sesso della vittima), giungendo in tal modo a sostenere una moderna concezione reale del danno, inteso quale alterazione o soppressione del bene inteso come entità fisica. Va segnalato che, sempre tra le primissime pronunce di merito, si era poi venuto ad affiancare un altro indirizzo, rappresentato dalla giurisprudenza pisana, che aveva affermato la necessità di adeguare il risarcimento di tale danno alle circostanze del caso concreto, proponendo di commisurarlo alla “perdita di utilità”, senza negare però che oltre all’aspetto dinamico, consistente nella compromissione delle attività realizzatrici della persona e parametrato allo specifico vissuto del soggetto leso, si dovesse in primo luogo valutare l’aspetto statico, consistente nella lesione inferta all’integrità psico-fisica. Cfr., sul punto, Trib. Pisa, 19 maggio 1982, in *Riv. Giur. Circ. Trasp.*, 1983, 530; Id, 10 marzo 1979, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1979, 356.

frutto di un'importante evoluzione giurisprudenziale, volta ad individuarne esattamente la nozione ed i confini esterni ed interni per distinguerla da altre figure di danno¹².

In particolare, anche al fine di giustificare la sua risarcibilità ai sensi dell'art. 2043 c.c., è stato in un primo tempo affermato che il danno biologico costituiva un danno, sia pur *latu sensu*, patrimoniale¹³, in quanto poteva essere fonte di risarcimento solo qualora si fosse tradotto nella diminuzione della capacità della persona di produrre reddito e, dunque, nella perdita economica derivante al soggetto leso a seguito della modifica peggiorativa della propria capacità lavorativa¹⁴. E' evidente, tuttavia, come questa prospettiva generasse conseguenze aberranti, in quanto la salute dell'uomo non veniva tutelata come valore *ex se*, ma come strumento per produrre lavoro e, pertanto, il guadagno finiva col divenire l'unico parametro del danno, condizionando l'*an* ed il *quantum* del risarcimento da accordare alla persona. Ne derivava che, ovviamente, era più elevato il risarcimento dei soggetti percettori di redditi maggiori ed era praticamente impossibile quantificare il danno subito da soggetti non percettori di reddito, come anziani, bambini, disoccupati, ecc.¹⁵

¹² Sul punto, v. Di Majo, *L'avventura del danno biologico: considerazioni in punta di penna*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1996, 299; Castronovo, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998.

¹³ Si veda Giuliani, *Il danno biologico è, dunque, patrimoniale*, in *Contr. e Impr.*, 1986, 47

¹⁴ In altri termini, era stato affermato che l'integrità psico-fisica dell'uomo costituisce comunque un bene patrimoniale, in quanto è sempre impiegata per realizzare delle attività volte all'acquisizione o alla conservazione di beni patrimoniali, con la conseguenza che ogni riduzione della medesima realizza un deficit patrimoniale, come tale risarcibile *ex art. 2043 c.c.*

¹⁵ Un primo tentativo di ovviare agli inconvenienti appena descritti fu quello di affiancare al danno biologico, inteso in questa accezione "patrimonialistica", nuove figure di danno, anch'esse di creazione giurisprudenziale. In alcune pronunce, ad esempio, si inizia a riconoscere il risarcimento al c.d. danno alla vita di relazione, cioè al danno che il soggetto subisce in conseguenza di una qualunque lesione all'integrità psico-fisica e che consiste nella diminuzione delle possibilità dell'individuo di esplicare normalmente la propria personalità nell'ambiente sociale. E' evidente come si tratti, in realtà, di un particolare aspetto del danno alla salute, la cui creazione è stata la risposta che la giurisprudenza ha dato alla domanda sociale di una tutela risarcitoria della salute che non fosse limitata alle strette conseguenze economiche: proprio dando rilevanza al danno alla vita di relazione, si è potuto ammettere il risarcimento anche nei confronti delle vittime di lesioni personali che non potevano contestualmente lamentare una diminuzione della capacità di guadagno. Analoghe ragioni sono state alla base della ideazione del c.d. "danno estetico", consistente nella lesione dell'integrità fisiognomica dell'individuo, o del c.d. "danno psichico", inteso come la riduzione temporanea o permanente di una o più funzioni psichiche della persona, che impedisce alla vittima di attendere in tutto o in parte alle sue ordinarie occupazioni di vita. Va comunque segnalato che, con il successivo evolversi della nozione di danno

Quest'interpretazione che di fatto "mercificava" la persona, differenziando il valore della salute di ciascun individuo in base a criteri censitari, e che aveva suscitato non poche critiche nella più attenta dottrina di settore e in una parte della giurisprudenza di merito e di legittimità¹⁶, è stata definitivamente superata dalla storica sentenza della Corte Costituzionale n. 184 del 1986¹⁷. Essa, rivedendo totalmente l'originaria impostazione fatta propria nel 1979 e confermando definitivamente la lettura restrittiva dell'art. 2059 c.c., riferito ai soli danni morali soggettivi, propone un modello di responsabilità per danno alla salute imperniato sull'art. 2043 c.c. Ciò, in quanto la Corte sostiene una lettura costituzionalmente orientata di tale disposizione che, considerata alla stregua di una norma in bianco, va letta in combinato disposto con l'art. 32 Cost., consentendo così il risarcimento anche del diritto alla salute. In tal modo, la sentenza determina la definitiva consacrazione del danno biologico, che viene inteso in senso lato, cioè come malattia psico-fisica, accertabile alla luce di parametri medico-legali¹⁸, il cui risarcimento deve

biologico (al quale viene attribuito un significato più ampio, identificandolo con il bene salute in sé e per sé considerato, a prescindere dalla perdita di capacità lavorativa), le ora menzionate figure di danno hanno gradualmente perso la loro stessa ragion d'essere. Infatti, venendo evidentemente meno l'esigenza di ipotizzare i danni alla vita di relazione, estetico, psichico, ecc., come autonome voci di danno, essi hanno finito progressivamente con l'essere considerati come una componente del danno biologico, restando assorbiti in quest'ultimo. In questo senso, si può dire che il riconoscimento della loro risarcibilità ha rappresentato l'anticipato riconoscimento della risarcibilità del danno biologico inteso nella più ampia accezione successivamente acquisita. Non sono mancate, tuttavia, indicazioni giurisprudenziali ancora intese a riconoscere autonoma rilevanza al danno da vita di relazione. Si veda, ad esempio, le sentt. Cass., 10 marzo 1992, n. 2840, in *Foro It.*, 1993, I, 1960, e Cass., 3 dicembre 1991, n. 12958, in *Giust. Civ., Mass.*, 1991, f. 12, secondo le quali il danno *de qua* non si identifica del tutto con il danno biologico, avendo sue proprie caratteristiche specifiche, consistenti nel pregiudizio non solo della generica integrità psico-fisica, ma anche per i riflessi ulteriori prodotti dalla menomazione subita: riduzione o perdita della capacità di auto-limitazione nell'attività extra-lavorativa, inidoneità di avvalersi nella quotidianità del proprio normale livello psico-fisico, ecc..

¹⁶ In alcune sentenze della Cassazione, ad esempio, il danno biologico viene espressamente definito quale pregiudizio ricollegabile alla menomazione dell'integrità psico-fisica incidente sul valore uomo in tutta la sua dimensione concreta e "che non si esaurisce nella sola attitudine a produrre ricchezza, ma si collega alla somma delle funzioni naturali afferenti al soggetto nell'ambiente in cui esplica la sua vita, aventi rilevanza non solo economica ma anche biologica, sociale, culturale ed estetica" (Cass., 6 aprile 1983, n. 2396, in *Giur. It.*, 1984, I, 537).

¹⁷ C.Cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Giur. It.*, 1987, I, 1, 392.

¹⁸ Sulla definizione del danno biologico, terreno tradizionalmente di dominio della giurisprudenza e della dottrina, è di recente intervenuto anche il legislatore, sia pure in due settori circoscritti: da un lato la riforma degli indennizzi Inail (art. 13, d.lgs. 23.2.2000, n. 38), dall'altro lato la disciplina per le lesioni di lievi entità nell'ambito dell'assicurazione

essere diretto a tutelare il bene salute in sé e per sé considerato, indipendentemente dalla perdita di capacità lavorativa.¹⁹

Tanto premesso, la sentenza procede a tracciare una netta linea di demarcazione tra il danno morale (risarcibile *ex art. 2059 c.c.*), il danno biologico (risarcibile *ex art. 2043 c.c. e 32 Cost.*) ed il *danno patrimoniale in senso stretto* (risarcibile *ex art. 2043 c.c.*), introducendo così quella costruzione tripartita della responsabilità civile che resterà pressoché invariata per circa vent'anni, cioè sino alla successiva storica svolta giurisprudenziale del 2003²⁰.

Va precisato che le suddette distinzioni vengono fondate dalla Consulta sulla differenza, la cui portata è stata successivamente

obbligatoria per la r.c.a. (art. 5, l. 5.03.2001, n. 57). Da ultimo, si veda anche il nuovo Codice delle assicurazioni (artt. 138 e 139, d. lgs. n. 209/2005).

¹⁹ In particolare, la sentenza n. 184/1986 viene emessa a seguito di una nuova questione di legittimità costituzionale sollevata rispetto agli artt. 2043 c.c. e 2059 c.c., in quanto non in grado di offrire una tutela piena ed effettiva al diritto alla salute. Nella pronuncia si afferma che “se nell’ordinamento non esistessero altre norme o non fossero rinvenibili altri principi relativi al danno biologico e, pertanto, quest’ultimo fosse risarcibile solo ai sensi dell’art. 2059 c.c. e cioè, salvo pochissime altre ipotesi, soltanto nel caso che il fatto costituisca (anche) reato e relativamente ai soli (conseguenti) danni morali soggettivi, si porrebbe certamente il problema della costituzionalità dell’art. 2059 c.c. (...). Esiste tuttavia un’altra strada per adeguatamente soddisfare le esigenze poste dalla giurisprudenza in ordine al danno biologico. (...) Gli sforzi della dottrina e della giurisprudenza, ai fini dell’inquadramento sistematico del danno biologico, si sono infatti coerentemente orientati verso una lettura dell’art. 2043 c.c. diversa da quella tradizionale. (...) In particolare, soltanto il collegamento tra l’art. 32 Cost. e l’art. 2043 c.c., imponendo una lettura costituzionale di quest’ultimo articolo, consente d’interpretarlo come comprendente il risarcimento, in ogni caso, del danno biologico. (...) Infatti, l’art. 2043 c.c. è una sorta di norma in bianco: mentre nello stesso articolo è espressamente e chiaramente indicata l’obbligazione risarcitoria, che consegue al fatto doloso e colposo, non sono individuati i beni giuridici la cui lesione è vietata. (...) Il riconoscimento del diritto alla salute, come fondamentale diritto della persona umana, comporta il riconoscimento che l’art. 32 Cost. integra l’art. 2043 c.c., completandone il precetto primario”.

²⁰ A seguito di tale rivoluzionaria sentenza della Consulta, infatti, la giurisprudenza di legittimità si è ben presto adeguata alla nuova ricostruzione e ha ripetutamente affermato la risarcibilità del danno biologico quale danno rilevante in sé e distinto sia rispetto ai danni morali sia ai danni patrimoniali che, se sussistono, vanno autonomamente risarciti. Si veda, ad esempio, Cass. 10 marzo 1990, n. 1954, in *Riv. giur. circol. trasp.* 1991, 643: “in caso di evento lesivo dell’integrità personale, il danno biologico e quello patrimoniale attengono a due distinte sfere di riferimento, il primo riguardando il c.d. diritto alla salute ed il secondo attenendo alla capacità di produrre reddito, talché il giudice deve procedere a due distinte liquidazioni e può scegliere per ciascuna di esse il criterio che ritiene più idoneo in relazione al caso concreto; tuttavia, perché il risarcimento del danno sia completo e, per altro verso, non si traduca in un arricchimento senza causa, il giudice deve considerare che i due tipi di danno, pur se ontologicamente diversi, costituiscono entrambi proiezione negativa di un medesimo evento, sicché le liquidazioni degli stessi, pur se distinte, devono essere tenute presenti contemporaneamente, affinché la liquidazione complessiva sia corrispondente al danno nella sua globalità, del quale i due menzionati aspetti costituiscono due specifiche voci”. In dottrina, v. Messinetti, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1992, p. 173 e ss.

ridimensionata dalla Corte stessa, tra danno-evento e danno-conseguenza. Mentre sia il danno morale che il danno patrimoniale in senso stretto sono considerati danni-conseguenza, in quanto rappresentano comunque gli effetti (patrimoniali o non) dell'illecito ai sensi dell'art. 1223 c.c., il danno biologico "è danno specifico, è un tipo di danno, identificandosi con un tipo di evento". Il danno alla salute, che viene dunque "eventizzato", è collocato in una posizione asimmetrica (perché antecedente) rispetto alle altre due figure di danno, poiché viene ad integrare direttamente la fattispecie produttiva di responsabilità, sì da prospettarsi come risarcibile in sé, integrando già di per sé, senza bisogno di prova, una lesione del bene giuridico salute. In altri termini, secondo la sentenza, in virtù del combinato disposto dell'art. 32 Cost. e dell'art. 2043 c.c., si può sostenere che la prova della lesione è di per sé prova del danno, potendosi ritenere presunta la sussistenza del danno biologico in ogni ipotesi di lesione della salute²¹.

²¹ Va segnalato, comunque, che, all'indomani della sentenza del 1986, si è assistito ad una progressiva estensione applicativa del danno biologico, spesso utilizzato come nuovo contenitore nel quale far confluire tutte quelle figure di danno che non era possibile risarcire né a titolo di danno morale né a titolo di danno patrimoniale in senso stretto, divenendo lo strumento privilegiato utilizzato dai giudici al fine di superare il problema della protezione di posizioni esistenziali, in un sistema di fatto insufficiente a garantire la risarcibilità delle varie ipotesi di danno non patrimoniale. Pertanto, all'importante pronuncia della Corte Costituzionale, seguirono interpretazioni sempre più estensive della figura, così da trasformare il danno biologico in un nuovo polo attrattivo, cui vennero ricondotte, nelle pronunce di legittimità e di merito che si susseguirono negli anni immediatamente successivi, il danno estetico, il danno alla vita di relazione, il danno alla vita sessuale, ecc. In questo senso, cfr., per la giurisprudenza di merito, App. Trieste, 13 gennaio 1993, in *Giur. It.*, 1994, I, 358; Trib. Verona, 15 novembre 1990, in *Foro It.*, 1991, I, 261. Per la giurisprudenza di legittimità, cfr. tra le tante: Cass., 9 settembre 1998, n. 1324, in *Giur. It.*, 1998, 2039; Cass., 8 maggio 1998, n. 4677, in *Assicurazioni 1998*, II, 36 *nota Rossetti*; Cass., 30 marzo 1992, n. 3867, in *Foro It.*, 1993, I, 1959. Alla luce di questo crescente fenomeno di "dilatazione del danno biologico oltre la salute", si è avuto un nuovo intervento della Corte Costituzionale che, richiamandosi ad un diverso indirizzo giurisprudenziale (cfr., Trib. Milano, 15 aprile 1993, in *Corr. Giur.*, 1993, 1219; Cass., 13 gennaio 1993, n. 357, in *Foro It.*, 1993, I, 1897; Trib. Pavia, 3 gennaio 1992, in *Giur. Merito*, 1994, 82), provvede a restringere nuovamente i confini interni del danno biologico. Con la nota sentenza del 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro It.*, 1994, I, 3297 (su cui ci si soffermerà meglio *infra*), la Consulta, chiamata a pronunciarsi sul problema del c.d. "danno biologico da morte di un prossimo congiunto", ha precisato che sussiste un vero e proprio danno biologico (se del caso, anche in capo ai congiunti della vittima primaria dell'illecito) solo in presenza di pregiudizi psico-fisici tali da integrare una vera e propria patologia medica, di cui deve necessariamente essere fornita la prova. Non si fece così attendere la reazione della Corte Costituzionale, che in questo modo ha ribadito i ristretti ambiti di confine del danno biologico (cioè, il pregiudizio effettivamente conseguente ad una lesione), lasciando tuttavia nuovamente in una zona intermedia, priva di una reale collocazione dogmatica, figure di risarcimento non patrimoniale ormai radicate nella prassi giurisprudenziale e pressoché unanimemente riconosciute dalla dottrina.

Al di là, comunque, di questa distinzione in termini di danni-evento e danni-conseguenza, distinzione che, come detto, a distanza di otto anni verrà chiarita ed in parte modificata dalla stessa Corte²², la pronuncia del 1986 ha costituito una vera e propria rivoluzione del concetto di danno risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c., in quanto, definendolo come una sorta di “norma in bianco”, ha aperto la strada alla possibilità di risarcire tutta una serie di

²² Si tratta della citata sent. C.Cost., 27 ottobre 1994, n. 372 (nota anche come sentenza Mengoni) che, occupandosi del c.d. “danno biologico da morte”, coglie l'occasione non solo per circoscrivere la nozione di danno biologico, ma anche per compiere un sensibile ridimensionamento dell'impostazione precedente, in tema di prova di tale danno. La Corte afferma, infatti, che la lesione del diritto alla salute va dimostrata secondo le regole ordinarie (artt. 1223 c.c. e ss.) e in tal modo viene implicitamente rivisitata l'affermazione su cui si reggeva la pronuncia n. 184 del 1986 e cioè si supera l'impostazione secondo cui la menomazione psico-fisica determina sempre, e senza bisogno di prova, una lesione risarcibile del bene giuridico salute. E' evidente, quindi, il dissidio teorico tra le due sentenze: la pronuncia n. 184/1986 adotta un modello di responsabilità aquiliana che fa coincidere il danno con la lesione di una situazione giuridica soggettiva, così da escludere la necessità di fornire la prova ulteriore di una perdita; mentre la sentenza n. 372/1994 presuppone un modello di responsabilità che distingue il danno dalla lesione, sicché il danno è risarcibile solo quando consegua alla violazione della sfera giuridica altrui. Quanto al merito della problematica, la Corte rigetta la questione di illegittimità costituzionale degli artt. 2043 e 2059 c.c., sollevata in relazione agli artt. 2, 3 e 32 Cost. per il fatto che le due norme fondamentali in materia di responsabilità civile, secondo un'interpretazione tradizionale e sistematica, non consentirebbero ai congiunti della vittima deceduta a seguito del fatto illecito altrui di ottenere un adeguato risarcimento a titolo di danno da morte *iure proprio*, oltre che *iure hereditario*. La Consulta, nel suo intervento del 1994, esclude che l'attuale sistema di responsabilità civile consenta a favore dei congiunti la risarcibilità, *iure hereditario*, del danno biologico patito dalla vittima dell'illecito, deceduta a seguito di esso, salvo il caso in cui la stessa sia sopravvissuta alla lesione per un determinato lasso di tempo (quando la vittima è immediatamente deceduta, infatti, la morte istantanea impedisce per definizione che si produca una perdita in capo alla persona offesa). Mentre, per quanto riguarda il danno subito dai congiunti *iure proprio*, si afferma anzitutto che tale pregiudizio sarebbe risarcibile solo nel caso in cui si dimostri che esso è sfociato in un trauma psichico dalle conseguenze permanenti. Quindi, applicando la regola secondo cui il danno non si identifica con la lesione, ma va necessariamente provato, la Consulta afferma che dall'estinzione dei rapporti di coniugio o di parentela con la vittima non discende in ogni caso un danno alla salute dei congiunti, i quali devono provare l'esistenza di un'effettiva lesione psico-fisica che costituisca l'evento dannoso di un autonomo illecito. Tuttavia, sotto quest'ultimo profilo, la Corte manifesta qualche perplessità di fondo in ordine alla risarcibilità anche del danno biologico dei congiunti, assumendo che in tale ipotesi risulterebbe difficile una valutazione autonoma della colpa del danneggiante per difetto di concreta prevedibilità dell'evento, che è conseguenza della scissione tra titolare del bene leso e titolare della pretesa risarcitoria. Peraltro, escludendo per tali motivi la risarcibilità di un danno biologico *iure proprio* ai sensi dell'art. 2043 c.c., la Corte afferma la possibilità di riconoscere l'astratta configurabilità di un danno morale in capo agli stretti congiunti, riconducendolo però nell'orbita del danno non patrimoniale disciplinato dall'art. 2059 c.c. Negli stessi termini si è di nuovo pronunciata la Consulta, con l'ordinanza 22 luglio 1996, n. 293, in *Danno e Resp.*, 1996, 679, con cui, dichiarando non fondata la questione di legittimità sollevata in un caso analogo, ribadisce la distinzione tra danno morale soggettivo e danno biologico e precisa che il pregiudizio alla salute dei congiunti della vittima morta a seguito di fatto illecito altrui, derivante da una “somatizzazione del danno morale”, in presenza di un'astratta ipotesi di reato, va risarcito ai sensi dell'art. 2059 c.c., mentre, qualora non sia configurabile reato, è compito dell'interprete risolvere “il problema generale del coordinamento dell'art. 2059 c.c. con la diversa fattispecie dell'art. 2043 c.c.”.

ulteriori valori della persona costituzionalmente protetti, distinti dal danno biologico, attraverso il combinato disposto del citato art. 2043 c.c. con la norma costituzionale di riferimento.

Si comprende, allora, come proprio questo contesto giurisprudenziale abbia portato all'emergere della controversa figura del *danno esistenziale*. Essa nasce, infatti, quale ulteriore risposta ai limiti dell'art. 2059 c.c., in quanto è espressione dell'esigenza, manifestata da certa giurisprudenza di merito²³ e dalla più attenta dottrina del settore²⁴, di colmare il vuoto di tutela di valori costituzionali la cui lesione non era sussumibile né nel danno patrimoniale, né nel danno morale soggettivo in senso stretto, né nel danno biologico. In particolare, sulla base della concezione secondo cui "non di sola salute vive l'uomo"²⁵, si è iniziato ad osservare che, se il danno alla salute, valore costituzionalmente tutelato, è risarcibile invocando l'art. 2043 c.c. in combinato disposto con l'art. 32 Cost., parimenti devono essere risarcibili anche le lesioni degli altri valori costituzionali appartenenti a ciascun individuo, combinando l'art. 2043 c.c. con la norma costituzionale di riferimento che si assume di volta in volta violata²⁶.

Il danno esistenziale, dunque, nasce come un danno risarcibile anch'esso ai sensi dell'art. 2043 c.c., ma distinto sia dal danno patrimoniale, in quanto può sussistere a prescindere da qualsiasi compromissione del patrimonio, sia da quello biologico, in quanto sussiste a prescindere da una lesione psico-fisica; esso si differenzia, inoltre, anche dal danno morale di cui all'art. 2059 c.c., in quanto non consiste in una sofferenza, ma nella

²³ La nuova figura del danno esistenziale ha trovato accoglimento presso le Corti di merito intorno alla metà degli anni novanta. Cfr., ad es., Trib. Torino, 8 agosto 1995, in *Resp. civ. prev.*, 1996, 282; Trib. Verona, 26 febbraio 1996, in *Dir. Inf.*, 1996, 576. Per un'approfondita analisi di tale giurisprudenza, si vedano Cassano, *La prima giurisprudenza sul danno esistenziale*, Piacenza, 2002, 43 ss. e Ziviz, *La tutela risarcitoria della persona. Danno morale e danno esistenziale*, Milano, 1999.

²⁴ Tra la dottrina che per prima si è espressa a favore del danno esistenziale, si vedano Cendon-Gaudino-Ziviz, *Responsabilità civile*, in *Riv. trim.*, 1993, 1210; Ziviz, *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *Contr. e Impr.*, 1994, 845; Monateri-Bona-Oliva, *Il nuovo danno alla persona*, Milano, 1999; Cendon, *Esistere o non esistere*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 1251.

²⁵ La nota espressione è di Cendon, *Non di sola salute vive l'uomo*, in *Il danno esistenziale. In nuova categoria della responsabilità civile*, a cura di Cendon e Ziviz, Milano, 2000, 7 ss.

²⁶ In sostanza, con il danno esistenziale si estenderebbe anche agli altri diritti fondamentali della persona l'operazione concepita dalla Corte Costituzionale nel 1986, in modo da ritenere risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c. il danno evento rappresentato dalla lesione del diritto fondamentale.

rinuncia ad un'attività concreta²⁷. Il danno esistenziale viene, così, identificato con ogni pregiudizio reddituale (in quanto il relativo risarcimento prescinde dal reddito del danneggiato), non patrimoniale, tendenzialmente onnicomprensivo (perché qualsiasi compromissione di attività esistenziali può dar luogo a risarcimento), che si esemplifica in un peggioramento della qualità della vita, provocato dalla rinuncia forzata allo svolgimento di attività non remunerative, sino ad allora abituali, le quali costituivano fonte di benessere e di gratificazione soggettiva per il danneggiato.

D'altro canto, proprio dalla genericità della sua definizione, deriva sin dal suo sorgere l'estrema varietà fenomenologia del danno esistenziale, che ha spaziato dalla lesione di diritti della personalità (onore, identità, riservatezza, ecc.)²⁸, al pregiudizio da immissioni intollerabili²⁹, sino al

²⁷ In particolare, si afferma che il danno morale è essenzialmente un "sentire", mentre il danno esistenziale è piuttosto un "non fare", cioè un non poter più fare, un dover agire altrimenti: il primo, pertanto, attiene per sua natura al "dentro", alla sfera dell'emotività, il secondo invece concerne il "fuori", cioè il tempo e lo spazio della vittima. In questi termini si esprime spesso la giurisprudenza di merito: cfr. ad es. Trib. Roma, 7 marzo 2002, in *Dir. e Giust.*, n. 18, 40; Trib. Palermo, 8 giugno 2001, in *Giur. It.*, 2002, 951. In dottrina, v. Ziviz, *La tutela risarcitoria della persona.*, cit., 812.

²⁸ Si veda Trib. Verona, 26 febbraio 1996, in *Dir. Inf.*, 1996, 576, ove, con riferimento ad un'ipotesi di lesione all'identità personale dovuta alla non veritiera attribuzione dell'appartenenza ad un movimento politico, si è affermata la configurabilità del danno esistenziale.

²⁹ Prima della svolta giurisprudenziale della Cassazione, 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, la risarcibilità del c.d. danno esistenziale da immissioni era riconosciuta ai sensi dell'art. 2043 c.c. Individuano, ad esempio, un danno esistenziale da immissioni eccedenti la normale tollerabilità ex art. 844 c.c.: App. Milano, 14 febbraio 2003, in *Giur. It.*, 2003, 2287, secondo cui anche se non è ravvisabile una lesione all'integrità psico-fisica, occorre comunque ammettere la risarcibilità dei pregiudizi esistenziali causati dalle immissioni intollerabili, "si da evitare che il sistema risarcitorio rimanga monco, poiché è necessario colmare ogni vuoto nella tutela di diritti soggettivi, costituzionalmente garantiti, a seguito di alterazioni, non riconducibili al danno biologico, della personalità del soggetto"; App. Milano, 17 luglio 2002, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1992, I, 786; G.d.P. Frosinone, 15 ottobre 2001, in *Danno e Resp.*, 2003, 206, che espressamente riconosce la risarcibilità del danno esistenziale in un'ipotesi di immissione acustica eccedente la normale tollerabilità, anche in assenza di un danno psico-fisico biologicamente accertabile; Trib. Firenze, 23 luglio 2001, in *Foro Tosc.*, 2001, 256; Trib. Venezia, 27 settembre 2000, in *Danno e Resp.*, 2001, 524, che, concedendo la tutela cautelare per la immediata cessazione delle attività immissive, inquadra tale pregiudizio nella categoria del danno esistenziale, al fine di "dare una cornice giuridica univoca a quella c.d. area intermedia, con cui la giurisprudenza ha inteso sanzionare conseguenze pregiudizievoli, estranee tanto all'ambito del danno morale soggettivo, confinato nei ristretti limiti dell'art. 2059 c.c., quanto a quello del danno biologico derivante da una lesione psico-fisica, ma pur sempre incidente su una posizione soggettiva di rango costituzionale"; Trib. Milano, 21 ottobre 1999, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1999, 1335, che riconduce il danno esistenziale da immissioni all'art. 2 Cost. e ne sostiene la risarcibilità ai sensi dell'art. 2043 c.c., al fine di sottrarla ai limiti posti dall'art. 2059 c.c. come tradizionalmente interpretato. Vi sono poi altri casi in cui i giudici non hanno

mondo della famiglia e degli affetti (per esempio, nell'ipotesi di morte o lesione del congiunto o di compromissione dei rapporti familiari)³⁰ e a quello del lavoro (mobbing, molestie sessuali, licenziamento ingiurioso)³¹.

La nuova figura risarcitoria ha poi ottenuto, nel 2000, anche il suggello della Suprema Corte³², che, con riferimento ad un'ipotesi di mancato tempestivo pagamento dei contributi per il mantenimento del figlio naturale, ha condannato il padre al risarcimento del danno per compromissione delle attività realizzatrici della persona umana. Danno che, a detta della Cassazione, trova la propria fonte nell'art. 2043 c.c. e che, in

considerato la nozione di danno esistenziale e, tuttavia, di fronte ad immissioni intollerabili, hanno riconosciuto il risarcimento di un pregiudizio da stress variamente inquadrato: cfr., ad es., Trib. Roma, 30 dicembre 1999, in *Danno e Resp.*, 2000, 330; Trib. Milano, 25 giugno 1998, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1999, 179; Corte App. Torino, 4/11/1992, in *Giur. It.*, 1993, 949, secondo cui "le immissioni sonore eccedenti la normale tollerabilità di cui all'art. 844 c.c., pur in assenza di prova idonea a dimostrare la configurabilità di un danno biologico specifico, realizzano una lesione del diritto alla salute genericamente inteso ex art. 32 Cost., che trova il fondamento della sua risarcibilità nell'art. 2043 c.c."; Trib. Biella, 22 aprile 1989, in *Foro It.*, 1990, I, 3303. Per la dottrina, si vedano: Mazzola, *Il danno esistenziale da immissioni intollerabili*, in *Riv. giur. ambiente*, 2003, 839; Tampieri, *Il danno esistenziale da immissioni acustiche nell'universo del danno alla persona*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2003, 1209; Maccarone, *Le immissioni - Tutela reale e tutela della persona - Danno esistenziale*, Milano, 2002.

³⁰ In particolare, la fortuna di tale figura risarcitoria si deve proprio alla sua applicazione ai congiunti della vittima diretta dell'illecito che, a seguito della morte o delle gravi lesioni inferte al loro caro, risentono *iure proprio* di una menomata condizione esistenziale, senza necessità di rifarsi alle suggestioni del danno biologico e a prescindere dalla sussistenza di qualsiasi patologia medica. Con la nuova figura risarcitoria viene, infatti, fornita tutela a quelle conseguenze pregiudizievoli che si identificano nell'alterazione dei rapporti familiari causata dall'illecito e che impone ai congiunti della vittima uno stravolgimento del *modus vivendi* precedente. Riconoscono il risarcimento del danno esistenziale a favore dei congiunti della vittima rimasta uccisa a seguito di fatto illecito, Trib. Palermo, 6 giugno 2001, e App. Torino, 4 ottobre 2001, n. 1285, in *Danno e Resp.*, 2002, 151, nonché, a favore dei congiunti della vittima rimasta gravemente lesa, Trib. Lecce, 5 ottobre 2001. Sempre con riferimento alle relazioni familiari, si è poi affermata la sussistenza del danno esistenziale: nel caso di danno subito dai congiunti della vittima di violenza sessuale (Trib. Agrigento, 4 giugno 2001, in *Resp. Civ. Prev.*, 2002, 2603); nel caso di perdita del feto a seguito di incidente stradale (G.d.P. Casamassima, 10 giugno 1999, in *Danno e Resp.*, 2000, 89 e Trib. Torre Annunziata, 20 marzo 2002); nel caso di nascita indesiderata di una bambina malformata (Trib. Pen Locri, 6 ottobre 2000, n. 462, in *Danno e Resp.*, 2001, 393) e finanche per il pregiudizio derivante da una nascita non programmata (Trib. Busto Arsizio, 17 luglio 2001, in *Resp. Civ. Prev.*, 2002, 441).

³¹ Cfr., ad esempio, Trib. Forlì, sez. lav., 15 marzo 2001, in *Riv. ital. dir. lav.*, 2001, II, 728, con nota di Vincieri, e in *Lav. Giur.*, 2002, I, con nota di Nunin, ai quali si rinvia per i precedenti giurisprudenziali che, in materia di mobbing, hanno riconosciuto il risarcimento del danno esistenziale. Si veda, inoltre, Cass., 3 luglio 2001, n. 9009, in *Lav. e prev. oggi*, 2001, 1396, che utilizza nuovamente in modo esplicito la categoria del danno esistenziale, riconoscendone la risarcibilità a favore del lavoratore che ha prestato la propria opera in un giorno di riposo settimanale.

³² Cass, 7 giugno 2000, n. 7713, in *Danno e Resp.*, 2000, f. 8-9, 835, con note critiche di Monateri e Ponzanelli; in *Giur. It.*, 2000, p. 1352, con nota di Pizzetti; in *Foro It.*, 2001, I, p. 187, con nota di D'Adda; in *Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 930, con nota di Ziviz.

quanto relativo ad un diritto fondamentale della persona, costituisce un danno evento, risarcibile *ex se*³³. La S.C. riafferma così i principi esplicitati dalla Corte Costituzionale nel 1986 e, riconoscendo per la prima volta il danno esistenziale, lo fa assurgere ad autonoma categoria di danno alla persona, diretto a tutelare i diritti fondamentali dell'individuo collocati al vertice della gerarchia dei valori costituzionalmente protetti.

Va sin d'ora precisato, comunque, che quasi contestualmente ai primi riconoscimenti della nuova figura del danno esistenziale, si sviluppa, tra i giudici di merito³⁴ ma soprattutto in dottrina, un acceso dibattito sulla sua stessa configurabilità, dibattito che ha dato vita anche alla formazione di tre Scuole di pensiero, triestina, torinese e pisana, quest'ultima radicalmente contraria alla categoria del danno esistenziale³⁵, contestando sia l'eccessiva disomogeneità di tale danno, quale figura destinata a ricomprendere ipotesi disparate ed assolutamente imprevedibili nella loro qualità e quantità, sia la sua sostanziale inutilità pratica (per un maggiore approfondimento dei diversi orientamenti relativi al danno esistenziale, cfr. *infra*, par. 1.4.).

³³ In particolare, nella sentenza del 2000, la S.C. afferma che "è innegabile che la lesione di diritti (quale quello in discorso) collocati al vertice della gerarchia dei valori costituzionalmente garantiti, va incontro alla sanzione risarcitoria per il fatto in sé della lesione (danno evento), indipendentemente dalle eventuali ricadute patrimoniali che la stessa possa comportare (danno conseguenza)". E' evidente come la sentenza si collochi sulla scia già segnata dalla Corte Costituzionale nel 1986 che, benché relativa al solo danno biologico, si ritiene debba essere tenuta in considerazione per ogni lesione relativa a diritti fondamentali della persona.

³⁴ Cfr. in particolare Trib. Roma, 7 marzo 2002, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 793, con nota critica di Ziviz, *Chi ha paura del danno esistenziale?*. La sentenza sviluppa un'articolata serie di motivazioni in relazione alle quali giunge ad affermare che "il danno esistenziale subito dal congiunto a seguito della morte del familiare – consistente nella rinuncia alle proprie abitudini di vita – non risulta risarcibile, in quanto esso non si distingue dal danno morale".

³⁵ In dottrina, già prima della svolta giurisprudenziale del 2003 (v. *infra*, par. 1.3.), hanno criticato sotto vari profili la voce del danno esistenziale Busnelli, *Il danno alla persona al giro di boa*, in *Danno e resp.*, 2003, n. 3, 237 ss., secondo cui "la nuova super-categoria del danno esistenziale, indubbiamente apprezzabile negli intenti dei suoi ideatori, non appare necessaria per assicurare il giusto risarcimento ai danni derivanti dalla lesione di diritti fondamentali della persona e caratterizzati da gravità dell'offesa (in caso di danni non patrimoniali) o da un accertamento medico-legale (in caso di danni biologici); appare invece pericolosa nella sua possibile proiezione incontrollata verso danni, per così dire, micro-esistenziali, al cui opinabile risarcimento indulge una certa giurisprudenza recente; e comunque ci allontana dall'Europa, che ignora tale super-categoria"; Gazzoni, *Alla ricerca della felicità perduta (psicofavola fantagiuridica sullo psicodanno psicoesistenziale)*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, 691; Ponzanelli, *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, 693; Navarretta, *Il danno non patrimoniale tra solidarietà e tolleranza*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 789; Rossetti, *Danno esistenziale: adesione, iconoclastia od epokè?*, in *Danno e Resp.*, 2000, 209; Zeno-Zencovich, *Law & comics*, in *Danno e resp.*, 1999, 356.

1.4. La svolta giurisprudenziale del 2003: una nuova interpretazione dell'art. 2059 c.c. e il c.d. neo-bipolarismo costituzionale

Il sistema c.d. tripartito della responsabilità civile (danno patrimoniale/ danno morale/ danno biologico e altri danni esistenziali), inaugurato dalla Corte Costituzionale nel 1986 e rimasto pressoché immutato sino al 2003³⁶, è stato completamente rivisitato dalle menzionate “sentenze gemelle” della Cassazione, nn. 8827 e 8828, del 31 maggio 2003³⁷. Con esse la S.C., tracciando una nuova relazione tra gli artt. 2043 c.c. e 2059 c.c., rilegge quest'ultima disposizione, da un lato interpretando in modo innovativo “i casi disciplinati dalla legge” in cui è ammesso il risarcimento del danno non patrimoniale e, dall'altro, attribuendo una rinnovata dignità contenutistica alla nozione di danno non patrimoniale³⁸. In particolare, i giudici di legittimità partono dal presupposto che nel vigente assetto dell'ordinamento, nel quale assume posizione preminente la Costituzione, il cui art. 2 riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria

³⁶ Per una compiuta analisi dell'evoluzione della responsabilità civile sino a poco prima della svolta giurisprudenziale del 2003, cfr. Castronovo, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa e diritto privato*, 2003, 123.

³⁷ Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Corr. Giur.*, 2003, 1017 ss. Le sentenze sono state commentate, *ex plurimis*, da Cendon, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass. 8828/2003*; Ziviz, *E poi non rimase nessuno*; Bargelli, *Danno non patrimoniale e interpretazione costituzionalmente orientate dell'art. 2059 c.c.*, tutte in *Resp. civ. prev.*, 2003, 675; Busnelli, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, Ponzanelli, *Ricomposizione dell'Universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*, entrambe in *Danno e resp.*, 2003, 816; Franzoni, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, *Corr. Giur.*, 2003, 1017.

³⁸ La nuova ricostruzione inaugurata dalla giurisprudenza del 2003 era stata sostenuta già da una parte della dottrina, la quale, espressasi in senso critico nei confronti del danno esistenziale e, più in generale, contraria all'ideazione di nuove figure risarcitorie finalizzate solo a consentire il ristoro, tramite l'art. 2043 c.c., di lesioni alla persona non economicamente valutabili, in modo da aggirare il rinvio ai “casi determinati dalla legge” di cui all'art. 2059 c.c., aveva affermato viceversa l'opportunità di una lettura costituzionalmente orientata di quest'ultima norma. Si era quindi sostenuta un'interpretazione evolutiva ed adeguatrice dell'art. 2059 c.c. alla luce dei valori costituzionali, in grado di ampliare il contenuto della categoria del danno non patrimoniale, al fine di ricomprendervi la tutela di ogni diritto di rilevanza costituzionale facenti alla persona. Sul punto, cfr., Rescigno, *Il danno non patrimoniale*, cit.; Messinetti, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona*, cit.; Franzoni, *Il danno alla persona*, Milano, 1995; Iannarelli, *Il danno non patrimoniale: le fortune della doppiezza*, in Cendon-Ziviz, (a cura di), *Il danno esistenziale*, Milano, 2000.

ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona, non esaurendosi esso nel danno morale soggettivo. Alla luce di ciò, si afferma che l'art. 2059 c.c., nel disporre che il danno non patrimoniale è risarcibile solo nei casi previsti dalla legge, non si riferisce esclusivamente all'art. 185 c.p., ma, al contrario, anche le norme costituzionali che tutelano i valori fondamentali di ciascun individuo rappresentano previsioni di legge che soddisfano il rinvio richiesto dall'art. 2059 c.c. In altri termini, quel rinvio ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della nostra Legge Fondamentale, che, riconoscendo i diritti inviolabili inerenti alla persona, implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale.

Questa nuova lettura costituzionalmente orientata, allora, consente di risarcire il danno alla salute e gli altri danni ai diritti fondamentali dell'individuo facendo ricorso direttamente all'art. 2059 c.c. in combinato disposto con la norma costituzionale lesa, senza che sia più necessario ricorrere, in tali casi, all'art. 2043 c.c. La struttura della responsabilità civile viene così ricostruita attraverso un sistema bipolare³⁹, in cui si distinguono, da un lato, il danno patrimoniale di cui all'art. 2043 c.c. e, dall'altro lato, il danno non patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c. e comprensivo, a sua volta, del danno biologico in senso stretto (configurabile solo quando vi sia una lesione all'integrità psico-fisica medicalmente accertata), del danno morale soggettivo come tradizionalmente inteso (il cui ambito resta esclusivamente quello proprio della mera sofferenza psichica e del patema d'animo), nonché dei pregiudizi diversi ed ulteriori, purché costituenti conseguenza della lesione di un interesse costituzionalmente protetto⁴⁰.

³⁹ Si parla, al riguardo, di "neo-bipolarismo costituzionale".

⁴⁰ E' opportuno precisare che la fattispecie presa in considerazione dalla S.C. nelle due sentenze del 2003 riguarda proprio l'ipotesi di danno da c.d. compromissione del rapporto familiare, di cui si era occupata la Corte Costituzionale nelle sue pronunce del 1986 e del 1994. In particolare, la S.C. è ora chiamata a pronunciarsi sul risarcimento del danno non patrimoniale configurabile in capo ai congiunti della vittima primaria, in un caso (sent. n. 8827) deceduta dopo un certo lasso di tempo dall'incidente e nell'altro caso (sent. n. 8828) rimasta gravemente lesa dalla nascita a causa di *malpractice* medica. La Cassazione, dopo aver affermato la risarcibilità di tale danno ai sensi del "neo-interpretato" art. 2059 c.c., in combinato disposto con gli artt. 2 e 29 Cost., precisa che è comunque necessario verificare la ricorrenza di tutti gli elementi della fattispecie illecita di cui all'art. 2043 c.c.; ciò, in

Il nuovo assetto della responsabilità civile delineato per la prima volta dalle due sentenze della Cassazione è stato poi confermato, a distanza di pochi mesi, dalla stessa Corte Costituzionale, che, con la nota pronuncia n. 233/2003⁴¹, rigetta le questioni di legittimità costituzionale nuovamente sollevate in merito all'art. 2059 c.c.⁴² e afferma, fra l'altro, che tale norma consente il risarcimento del danno non patrimoniale non solo nel caso di

quanto l'art. 2059 c.c. non delinea una diversa figura di illecito ma, ove sussistano tutti gli elementi costitutivi dell'illecito civile *ex art. 2043 c.c.*, consente nei casi determinati dalla legge anche la riparazione di danni non patrimoniali. In particolare, per ciò che concerne la fattispecie di danno non patrimoniale subito dai congiunti della vittima rimasta uccisa o gravemente lesa da fatto illecito altrui, la S.C. afferma anzitutto che, quanto al nesso di causalità, esso non può più ritenersi mancante per il solo fatto che in questi casi si sarebbe in presenza di c.d. "danni riflessi". Al contrario, il danno subito dai congiunti deve essere considerato contestuale ed immediato, in virtù della sussistenza nel caso di specie di un illecito plurioffensivo, che lede al contempo la vittima primaria e i congiunti, i quali subiscono l'estinzione del rapporto parentale, cioè "la compromissione del loro interesse all'intangibilità della sfera degli affetti reciproci e della scambievole solidarietà che connota la vita familiare". Quanto poi all'elemento soggettivo, la S.C. afferma che non può neppure ritenersi di per sé insussistente la colpa, erroneamente identificata con la prevedibilità in concreto (così come invece sostenuto da C.Cost. n. 372/1994, cit.), poiché al contrario la prevedibilità dell'evento lesivo deve essere valutata in astratto e ben può configurarsi, nel caso di specie, la prevedibilità in astratto della lesione dell'interesse all'intangibilità delle relazioni familiari, rientrando nella normalità che la vittima sia inserita in un contesto familiare. Infine, quanto alla sussistenza del danno ingiusto, la Cassazione precisa che nella specie non sarà sufficiente dimostrare la sussistenza della lesione dell'interesse protetto secondo i dettami della teoria del danno evento, poiché, così come ribadito anche dalla stessa Consulta nella citata sent. n. 372/1994, il danno risarcibile consiste sempre in una perdita che deve essere dimostrata. In sintesi, allora, dopo la svolta del 2003, si può certamente affermare che, a seguito della morte (o lesione grave) di un prossimo congiunto, sono risarcibili *iure proprio*, purchè se ne fornisca la prova, sia il danno morale soggettivo (*ex art. 2059 c.c.*, a fronte del patema d'animo transeunte subito dal congiunto), sia il danno biologico (per effetto del combinato disposto dell'art. 2059 c.c. e 32 Cost. e purchè sia dimostrato che dalla morte della vittima primaria sia derivata una compromissione della salute del congiunto, medicalmente accertata), sia infine il danno, spesso definito "esistenziale", derivante dalla compromissione del rapporto parentale (per effetto del combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 2 e 29 Cost.).

⁴¹ C. Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Giur. It.*, 2003, 1777. La sentenza della Corte Costituzionale è stata commentata, tra gli altri, da Ziviz, *Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c.*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1036; Cendon-Ziviz, *Vincitori e vinti (dopo la sentenza C.Cost. n. 233/2003)*, in *Giur. It.*, 2003, II, p. 1777; Navarretta, *La Corte Costituzionale e il danno alla persona "in fieri"*, in *Foro it.*, 2003, 2272; Bona, *Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte Costituzionale apre (verso il nuovo art. 2059 c.c.)*; Cricenti, *Una diversa lettura dell'art. 2059 c.c.*, Ponzanelli, *La Corte Costituzionale si allinea con la Corte di Cassazione*, Procida-Mirabelli-Di Lauro, *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 233/03*, tutte in *Danno e Resp.*, 2003, 939 ss.

⁴² La questione era stata sollevata d'ufficio dal giudice Rossetti, con l'ordinanza Trib. Roma, 11 maggio 2002 (variamente commentata in: *Dir. e Giust.*, 2002, f. 6, 60 e ss; *Danno e Resp.*, 2002, 856; *Resp. civ. e prev.*, 2002, 3, 787, con nota di Ziviz, *La compatibilità costituzionale dell'art. 2059 c.c.: una storia infinita*), secondo cui "è rilevante e non manifestamente infondata, con riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c., nella parte in cui limita la risarcibilità del danno morale alle ipotesi di reato; né tale norma è suscettibile di letture costituzionalmente orientate, in quanto ciò si tradurrebbe in un'inammissibile disapplicazione della norma da parte del giudice".

danno morale da reato, ma anche nel caso di lesione di valori della persona, tra cui vengono inclusi sia il danno biologico, sia il danno esistenziale derivante dalla lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona.

1.5. L'attuale ambito del danno non patrimoniale e le incerte sorti del danno esistenziale.

Successivamente alle due “sentenze gemelle” del 2003, numerose sono state le pronunce dei giudici di merito e di legittimità che, nel risolvere le questioni attinenti al risarcimento di danni non patrimoniali, hanno fatto espresso richiamo alla nuova lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., tanto da potersi ormai ritenere definitivamente consolidato il nuovo assetto bipolare della responsabilità civile⁴³. Si può anzi affermare che proprio la rilettura dell'art. 2059 c.c. abbia aperto la possibilità di far divenire tale norma una sorta di contenitore di tutte le forme di danno che non abbiano carattere patrimoniale. Tuttavia, la recente interpretazione espansiva dell'art. 2059 c.c. ha portato con sé non pochi dubbi ed incertezze circa le tipologie di danni sussumibili in questa disposizione e circa la loro collocazione sistematica e dogmatica, soprattutto in vista della necessità di salvaguardare il principio di tipicità sancito da tale disposizione⁴⁴.

Quanto al danno morale, che in passato rappresentava l'unica forma di danno non patrimoniale pacificamente risarcibile, dopo la svolta del 2003 questo rischia di confondersi con altre voci di danno anch'esse ricondotte entro la sfera applicativa dell'art. 2059 c.c.⁴⁵ Tuttavia, la Cassazione ha di recente ribadito l'autonomia risarcitoria di tale danno, affermando che “anche inquadrando il danno biologico nell'ambito dell'art. 2059 c.c., ciò

⁴³ Nel vasto panorama giurisprudenziale che, in materia, si è venuto a formare dal 2003 in poi, si segnalano, a titolo meramente esemplificativo: Cass., 4 giugno 2007, n. 12929, in *Guida al Diritto*, 2007, f. 25, p. 14, che, da ultimo, richiama le “sentenze gemelle” del 2003 per giustificare l'estensione del risarcimento del danno non patrimoniale anche alle persone giuridiche; Cass., 15 luglio 2005, nn. 15019, in *Mass.*, 2005, 15019; Cass., 23 dicembre 2003, n. 19766, in *Mass. Giust. Civ.*, 2003, 12; Cass., 4 novembre 2003, n. 16525, in *Foro It.*, 2004, 779; Cass., 19 agosto 2003, n. 12124, in *Giur. It.*, 2004, 1129.

⁴⁴ Sul punto, v. di recente Criceti, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2006, p. 69-84.

⁴⁵ Si è sostenuta, così, la legittimità di una valutazione del danno morale con il criterio pro-quota del danno biologico: cfr., ad esempio, Cass., 14 luglio 2003, n. 10996, in *Mass. Giust. Civ.*, 2003, f. 7-8 e Cass., 25 maggio 2004, n. 10035, in *Danno e Resp.*, 2004, 1065.

non comporta che il danno morale diventi una componente del primo, in quanto il danno morale costituisce una voce autonoma, come il danno biologico, del danno non patrimoniale e va quindi autonomamente liquidato, come il danno biologico, sia pure nel più ampio *genus* del danno non patrimoniale⁴⁶.

Circa il danno biologico, il cui risarcimento è ora senza dubbio riconosciuto ai sensi del combinato disposto dell'art. 2059 c.c. e 32 Cost., esso viene definitivamente ad assumere una connotazione complessa, comprensiva sia della componente della menomazione psico-fisica (che va scientificamente provata con un accertamento medico-legale), sia della componente attinente alla sfera della persona, scomposta in sottovoci "storiche" come il danno alla vita di relazione⁴⁷. Inoltre, nella nuova lettura emersa nel 2003, il danno biologico spicca come danno conseguenza, costituente un'articolazione del più ampio *genus* dei danni non patrimoniali consequenziali alla lesione di beni fondamentali della persona⁴⁸.

⁴⁶ Così, Cass., 10 agosto 2004, n. 15434, in *Arch. Giur. Circ.*, 2005, 108. V. anche Cass., 14 luglio 2003, n. 10995, in *Mass. Giust. Civ.*, 2003, f. 7-8, che afferma la piena autonomia ontologica del danno morale, onde l'illegittimità della sua liquidazione come quota parte del danno biologico. Di recente si è espressa a favore dell'autonomia concettuale del danno morale all'interno dell'art. 2059 c.c. anche Cass., 15 marzo 2007, n. 5987, in *Mass.*, 2007, 5987, che individua a fondamento di tale autonomia anche la valorizzazione dell'integrità morale fatta propria dalla Corte di Giustizia Europea e dalla stessa Costituzione Europea nell'art. II-61.

⁴⁷ Tale definizione pluridimensionale del danno biologico è stata da ultimo positivizzata dal legislatore del Codice delle assicurazioni. In particolare, ai sensi degli artt. 138, II co., lett. a e 139, II co., d.lgs. 209/2005, per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla capacità di produrre reddito.

⁴⁸ Si segnala una recentissima sentenza che riconosce il risarcimento del danno biologico a favore della vittima di un incidente stradale sopravvissuta un solo giorno. Si tratta di una pronuncia di particolare importanza, in quanto risolve la controversa questione relativa alla possibilità di accordare il c.d. danno terminale, risarcibile *iure proprio* alla vittima e poi trasmissibile *iure hereditatis* ai suoi prossimi congiunti. La sent. Cass., 19 ottobre 2007, n. 21976, in *Resp. e Risarcim.*, n. 11/2007, p. 54 e ss. afferma, in particolare, che "nel caso di danno per morte, vittima consegue il diritto al risarcimento del danno biologico e del danno morale cc.dd. terminali, comprendenti anche le sofferenze fisiche e morali sopportate dalla vittima in stato di incoscienza, in tutti i casi in cui fra il fatto illecito e il decesso sia intercorso un apprezzabile lasso di tempo, quale può astrattamente considerarsi anche la sopravvivenza per ventiquattro ore".

Maggiori problemi, invece, si sono posti in ordine alla controversa figura del danno esistenziale⁴⁹; in particolare, le incertezze, che hanno segnato sin dal suo sorgere questa figura, si basano ora soprattutto sul diverso modo di interpretare il nuovo ambito operativo del danno non patrimoniale, così come ricostruito dalle due storiche decisioni della Cassazione, nn. 8827 e 8828 del 2003.

Le c.d. sentenze “gemelle” della terza sezione civile, confermate poco dopo dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 233/2003, hanno determinato, come visto, una svolta in ordine ai rapporti tra art. 2043 c.c. e art. 2059 c.c., rigettando la tradizionale lettura restrittiva di quest’ultima disposizione e riconducendo nuovamente la responsabilità aquiliana al sistema bipolare danno patrimoniale - danno non patrimoniale.

Tuttavia, nonostante il tentativo di razionalizzare il complesso sistema dell’illecito aquiliano, le menzionate pronunce non sono riuscite a spegnere i contrasti in ordine alla figura del danno esistenziale. Al contrario, proprio a seguito del mutamento epocale del 2003, si è aperto un dibattito, specie di carattere giurisprudenziale, circa la sorte che avrebbe subito il danno *de quo*, soprattutto in considerazione del fatto che le citate sentenze nn. 8827 e 8828, nell’individuare le diverse voci di danno risarcibili *ex art. 2059 c.c.*, non fanno una esplicita menzione del danno esistenziale.

Con la pronuncia n. 8827 la Cassazione, dopo aver affermato che “la tutela risarcitoria della persona, per effetto della lettura costituzionalmente

⁴⁹ A tal riguardo, va anzitutto considerato che dopo la svolta del 2003 si è registrata, in giurisprudenza, la tendenza a riconoscere sempre più frequentemente il risarcimento del danno non patrimoniale - laddove non fosse configurabile un danno biologico in senso stretto o un danno morale come tradizionalmente inteso - combinando l’art. 2059 c.c. con un determinato referente costituzionale. Così, a titolo meramente esemplificativo, si consideri come, combinando gli artt. 2059 c.c. e 2, 29, 30 Cost., sono stati risarciti, nell’ambito delle relazioni familiari: il danno per violazione del diritto alla sessualità (Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, in *Giur. it. 2006*, 4, 691 e Cass., 2 febbraio 2007, n. 2311, in *Mass.*, 2007, 2311), il danno per violazione degli obblighi coniugali (Cass., 23 marzo 2005, n. 6276, in *Foro it. 2005*, I, 2994), il danno da lesione del rapporto parentale per morte del congiunto (Cass., 15 luglio 2005, n. 15019, in *Guida al diritto*, 2005, n. 42, 54), il danno da lesione del diritto a frequentare il figlio affidato all’altro coniuge (Trib. Monza, 2 dicembre 2004, in *Dir. e Giust.*, 2005, f. 13, 33). Attraverso il combinato disposto, invece, degli artt. 2059 c.c. e 111 Cost., è stato riconosciuto il risarcimento del danno da irragionevole durata del processo (Cass., S.U., 26 gennaio 2004, nn. 1338-1341, in *Giur. it. 2004*, 944 e 2295 e in *Giust. civ. 2004*, I, 907). Il risarcimento del danno non patrimoniale da immissioni intollerabili, infine, è stato accordato ai sensi degli artt. 2059 c.c. e 2 Cost. (Trib. Monza, 2 novembre 2004, in *Giur. merito 2005*, 4 806).

orientata dell'art. 2059 c.c., va ricondotta al sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale”, precisa che quest’ultimo è “comprensivo del danno biologico in senso stretto (...), del danno morale soggettivo come tradizionalmente inteso (...), nonché dei pregiudizi diversi ed ulteriori purché costituenti conseguenza della lesione di un interesse costituzionalmente protetto”. Inoltre, nella sentenza n. 8828 si legge che “si deve ritenere ormai acquisito all’ordinamento positivo il riconoscimento della lata estensione della nozione di danno non patrimoniale, inteso come danno da lesione di valori inerenti alla persona, e non più solo come danno morale soggettivo. Non sembra tuttavia proficuo ritagliare all’interno di tale generale categoria specifiche figure di danno, etichettandole in vario modo: ciò che rileva, ai fini dell’ammissione a risarcimento, in riferimento all’art. 2059, è l’ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona, dal quale conseguano pregiudizi non suscettibili di valutazione economica”.

Dall’altro lato, tuttavia, la Corte Costituzionale, nel confermare la svolta del 2003, sembrerebbe identificare quest’ultima tipologia di danni non patrimoniali proprio con la figura del danno esistenziale: “in due recentissime pronunce (Cass. 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828), che hanno l’indubbio pregio di ricondurre a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona, viene prospettata (...) un’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c., tesa a ricomprendere nell’astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante dalla lesione di valori inerenti alla persona: e dunque, sia il danno morale soggettivo (...), sia il danno biologico in senso stretto (...), sia infine il danno, spesso definito in dottrina e giurisprudenza come esistenziale, derivante dalla lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona”.

La coerenza delle argomentazioni della Cassazione e della Corte Costituzionale non ha perciò esaurito la *questio* della risarcibilità del danno esistenziale, da sempre oggetto di contrasti interpretativi, e si sono registrate nella giurisprudenza di merito e di legittimità, successiva alle pronunce del 2003, orientamenti contrapposti. Vi sono, infatti, due differenti impostazioni

in ordine alla possibilità o meno di continuare a configurare, nel nostro ordinamento, il danno esistenziale quale autonoma voce di danno.

Secondo un primo approccio, il danno esistenziale merita autonoma risarcibilità, in quanto le decisioni del 2003 non hanno affatto intaccato questa figura di danno alla persona, costretta semplicemente, nella novità del sistema bipolare, a trasferire la propria fonte di legittimazione dall'art. 2043 c.c. all'art. 2059 c.c., così come costituzionalmente interpretato⁵⁰. Anzi, la S.C., riferendosi al danno da lesione di valori costituzionalmente tutelati come ulteriore ipotesi di danno non patrimoniale risarcibile ex art. 2059 c.c., altro non avrebbe fatto che dare definitiva legittimazione al danno esistenziale⁵¹. Infatti, sebbene “le citate sentenze della terza sezione evitano di fare espresso riferimento al danno esistenziale (...), l'esame dei casi da esse presi in considerazione conferma che i danni accertati erano riferiti proprio a questo tipo di danno (in un caso riguardavano la perdita del rapporto parentale, nell'altro lo sconvolgimento delle abitudini di vita dei genitori conseguente alle gravissime lesioni subite dal figlio ridotto allo stato vegetativo), perché si riferivano a casi che la precedente giurisprudenza, anche di legittimità, collocava tra i danni di natura esistenziale”⁵².

⁵⁰ Dopo le pronunce del 2003, in dottrina si è espresso a favore del danno esistenziale Chindemi, *Il danno esistenziale “esiste”*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, II, 1455 ss., secondo cui “la paventata duplicazione risarcitoria tra le varie voci di danno (biologico, morale ed esistenziale) può verificarsi solamente nel caso di confusione concettuale tra le stesse, opera di un interprete svogliato o distratto, non sussistendo più ragione alcuna di conglobare il danno esistenziale nel biologico o nel morale, stante l'autonomia tra tali diverse voci di danno”, affermando inoltre che il risarcimento del danno esistenziale va sempre “legato alla individuazione di una lesione di un diritto tutelato dalla Costituzione” e concludendo che esso “non è una voce di danno inventata dalla dottrina o dalla giurisprudenza, ma corrisponde a specifiche esigenze di tutela della nostra società e alle sue spinte evolutive e per tale motivo non se ne potrà disconoscere l'esistenza”. Si veda anche Cendon-Ziviz, *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, 2003; Bilotta, *Il prisma del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 4-5.

⁵¹ Cfr. Vittoria, *Un regolamento di confini per il danno esistenziale*, in *Contr. e Impr.*, 2003, 1217 ss., secondo cui “nonostante il cauto atteggiamento della S.C. nell'etichettare il danno non patrimoniale alla persona come danno esistenziale, vi è un sostanziale riconoscimento della figura (...). La posizione formale della Cassazione, del resto, non è condivisibile: sconfessare sul piano nominale l'utilità dell'etichetta equivale a sconfessare l'utilità della dizione danno biologico, che (...) è sempre stata impiegata”.

⁵² Così si è espressa la quarta sezione penale della Cassazione, 22 gennaio 2004, n. 2050, in *Danno e resp.*, 2004, 966, con nota di Ponzanelli, *Gli “esistenzialisti” dopo la svolta del 2003 e la sentenza della Cassazione penale sul caso Barilla*, la quale, nel risolvere un caso di ingiusta detenzione e di ingiusta sottoposizione a processo, per la prima volta affronta in maniera decisa la questione del danno esistenziale. In essa si legge anche che “a differenza

Quindi, per questo indirizzo giurisprudenziale, all'interno del nuovo danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., così come costituzionalmente interpretato, possono ricondursi sia il danno morale (patema d'animo transeunte, di carattere interiore), sia il danno biologico (lesione dell'integrità psico-fisica medicalmente accertabile, tutelata dall'art. 32 Cost.) sia il danno esistenziale (compromissione delle attività realizzatrici della persona), sintesi verbale per indicare ogni altro danno non patrimoniale, scaturente dalla lesione di valori costituzionalmente tutelati (quali le relazioni familiari, l'esplicazione della personalità dell'individuo sul luogo di lavoro, la reputazione, la libertà di pensiero, ecc.)⁵³.

Da qui, la giurisprudenza ha individuato, di volta in volta, le posizioni giuridiche di rilievo costituzionale, dalla cui lesione si è ritenuto scaturisse un danno esistenziale.

Ad esempio, alcune ipotesi di danno esistenziale sono state fondate sull'art. 2 Cost., come nel caso di immissioni intollerabili, ove non si è ravvisata la lesione del bene salute di cui all'art. 32 Cost., ma si è fatto riferimento ad un concetto più generale di benessere esistenziale, di serenità psico-fisica, il cui referente costituzionale è dato di rintracciare nell'art. 2 Cost.⁵⁴. Inoltre, sempre con riguardo a quest'ultima disposizione, è stato

della dottrina che è divisa (...), la giurisprudenza è sempre più orientata a ritenere ammissibile la riparazione del danno esistenziale e questo percorso è da ritenere confermato dalle citate sentenze 8827 e 8828 e da quella della Corte Costituzionale n. 233/2003 (quest'ultima, a differenza delle altre due, fa esplicito riferimento anche al danno esistenziale)". Inoltre, tale sentenza non ritiene condivisibile la critica secondo cui "con il riconoscimento del danno esistenziale si opererebbe un'indebita duplicazione risarcitoria con il danno biologico. Questa duplicazione non esiste perché il danno esistenziale è cosa diversa dal danno biologico e si riferisce ai già indicati sconvolgimenti delle abitudini di vita e delle relazioni interpersonali provocate dal fatto illecito".

⁵³ Circa i rapporti tra danno non patrimoniale in generale e danno esistenziale, si veda Cass., 4 ottobre 2005, n. 19354, in *Rep. Giur. It.*, 2005, voce "Danni in materia civile e penale", n. 365 e 366, che, in tema di equa riparazione per il mancato rispetto del termine ragionevole del processo ex l. 24 marzo 2001, n. 89, ha affermato che "il pregiudizio esistenziale costituisce una voce, ovvero una componente, del nuovo danno non patrimoniale, quale delineato dalle sentenze gemelle del 2003, e non un autonomo titolo di danno".

⁵⁴ Si è già visto in precedenza come l'ambito dei danni da immissioni intollerabili sia stato uno dei settori in cui, già prima della svolta giurisprudenziale del 2003, è stato accordato il risarcimento del danno esistenziale, ai sensi dell'art. 2043 c.c. Successivamente al 2003, le ipotesi di danno esistenziale da immissioni sono state fondate sull'art. 2 Cost., in combinato disposto con l'art. 2059 c.c., in tutte le ipotesi in cui non si è ravvisata la lesione del bene salute di cui all'art. 32 Cost., ma si è fatto riferimento ad un concetto più generale di benessere esistenziale, di serenità psico-fisica. Si segnala, ad es., Trib. Montepulciano, 2 febbraio 2006, in *Foro It.*, 2006, I, 2946, secondo cui "deve essere risarcito il pregiudizio

affermato che anche “la forzosa rinuncia a disporre di parte della propria abitazione a causa dell’indebito protrarsi di lavori di restauro costituisce un danno esistenziale (non patrimoniale) risarcibile *ex art.* 2059 c.c. e 2 Cost., in quanto quello al godimento della propria abitazione è un diritto riconosciuto dalla Costituzione”⁵⁵.

Come visto, un settore in cui la figura del danno esistenziale è stata più volte riconosciuta dalla giurisprudenza già prima della svolta del 2003 è quello delle relazioni lavorative e non è quindi un caso che proprio sul danno esistenziale derivante da un comportamento di mobbing si sono di recente pronunciate anche le S.U. della Cassazione, con la importante sentenza n. 6572/2006⁵⁶. Risolvendo un contrasto giurisprudenziale in materia di riparto dell’onere probatorio nella domanda di risarcimento danni sofferti dal lavoratore, esse colgono l’occasione per affermare l’autonoma risarcibilità del danno esistenziale, attribuendogli piena legittimazione nell’ambito dell’art. 2059 c.c. Infatti, non solo ne precisano il contenuto⁵⁷,

non patrimoniale risentito da chi abitava un appartamento soggetto ad immissioni rumorose intollerabili, alle quali sia imputabile l’alterazione della serenità domestica”; Trib. Monza, 2 novembre 2004, in *Giur. Merito*, 2005, 4 806, secondo cui “il danno subito a causa delle immissioni, in mancanza di allegazioni e di prova dell’esistenza di una vera e propria patologia clinicamente accertata, va qualificato come danno non patrimoniale, risarcibile in quanto espressione di tutela minima dei diritti costituzionalmente garantiti (...). Detto danno non patrimoniale si differenzia ontologicamente dal danno morale (...) e può con esso concorrere”. In senso conforme, cfr. Trib. Napoli, 24 giugno 2004, in *Giur. Merito*, 2004, 2570. Da ultimo, si veda anche Trib. Venezia, 27 luglio 2007, in *Corr. Merito*, n. 1/2008, con nota di Tomarchio: l’ordinanza, pur non prendendo posizione sulla natura del pregiudizio derivante da immissioni intollerabili, ne accorda comunque piena tutela in sede cautelare, accogliendo una nozione lata del bene salute, “ormai da parecchi lustri allargato fino ad includere ogni profilo inerente la qualità della vita, indipendentemente dalla rilevazione di una lesione pienamente inquadrabile all’interno di un contesto patologico”. Infatti, precisa la pronuncia, anche in presenza di situazioni di stress, di labilità emotiva, alterazione del sonno e simili, si verifica comunque la lesione di un interesse della persona di rango costituzionale (il bene salute in senso lato, cioè il diritto a svolgere le ordinarie attività quotidiane per l’estrinsecazione della propria personalità, previsto in via generale dall’art. 2 Cost.) che, in quanto tale, è meritevole di tutela senza che a tal fine si debba necessariamente ricorrere al concetto di danno biologico, e, dunque, anche se manca una lesione all’integrità psico-fisica medicalmente accertata.

⁵⁵ Così, Trib. Ivrea, 22 giugno 2004, in *Dir. e Giust.*, 2004, f. 46, 84.

⁵⁶ Cass., S.U., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Giur. It.*, 2006, fasc. 10, p. 2042, con nota di Tomarchio, cui si rinvia.

⁵⁷ Quanto ai contenuti del danno esistenziale si era già puntualizzato da parte dei giudici di legittimità che esso “non può essere identificato nei dolori, nelle sofferenze, nel patema d’animo, ma nella perdita o limitazione di attività, non aventi contenuto patrimoniale, in cui si esplica la persona umana. Ne consegue che l’indennizzo di tale voce di danno esige che venga specificata la concreta attività, non avente contenuto patrimoniale, realizzatrice della persona umana, sulla quale abbia inciso l’azione che si assume dannosa”: così, Cass. 23 agosto 2005, n. 17110, in *Mass.*, 2005, 17110.

definendolo come “ogni pregiudizio che l’illecito datoriale provoca sul fare reddituale del soggetto, ossia come il danno all’identità professionale sul luogo di lavoro, all’immagine e alla vita di relazione e, più in generale, la lesione del diritto del lavoratore alla libera esplicazione della propria personalità sul luogo di lavoro, tutelato agli artt. 1 e 2 Cost.”, ma ne evidenziano anche le differenze rispetto agli altri tipi di danni non patrimoniali, risarcibili tutti ai sensi dell’art. 2059 c.c.⁵⁸.

Dell’insegnamento delle S.U. in materia di danno esistenziale tiene conto la Cassazione n. 13546/2006⁵⁹, di poco successiva, nell’ipotesi di c.d. lesione del rapporto parentale per morte di un congiunto⁶⁰, ove il risarcimento viene fondato sul combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 29 Cost. In tal caso, la terza sezione della S.C. si pronuncia sul danno esistenziale confermandone l’autonoma configurabilità e ritenendo di poter evitare l’eccessiva genericità dei suoi contenuti ancorandone la risarcibilità alle sole ipotesi di interessi costituzionalmente tutelati. Si legge, in particolare, che “il danno non patrimoniale costituisce categoria ampia e comprensiva di ogni ipotesi in cui risulti leso un valore inerente alla persona. Lo stesso comprende anche molteplici rilevanti situazioni soggettive negative di carattere psico-fisico non riconducibili né al danno morale soggettivo, né al danno biologico, racchiuse nella sintesi verbale del danno esistenziale. Esso non consiste in meri dolori o sofferenze, ma deve

⁵⁸ Nella sentenza delle S.U. si osserva che, mentre il danno biologico non può prescindere da un accertamento medico legale, il danno esistenziale, essendo indissolubilmente legato alla persona, non è passibile di determinazione secondo un sistema tabellare; inoltre, esso viene nettamente distinto anche dal danno morale, in quanto solo quest’ultimo attiene alla sfera emotiva ed interiore del singolo.

⁵⁹ Cass., 12 giugno 2006, n. 13546, in *Danno e resp.*, 2006, n. 8-9, 843, con nota critica di Ponzanelli.

⁶⁰ Nella specie, il danno esistenziale “si sostanzia in una modificazione peggiorativa della personalità dell’individuo, che si obiettivizza socialmente nella negativa incidenza sul suo modo di rapportarsi con gli altri, sia all’interno del nucleo familiare, che all’esterno del medesimo, nell’ambito dei comuni rapporti di relazione”. La materia della lesione del rapporto parentale – su cui si era pronunciata la stessa sentenza Cass., 31 maggio 2003, n. 8828, cit. - è stata uno degli ambiti privilegiati in cui si è sviluppata la figura del danno esistenziale, risarcito in base al combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 2 e 29 Cost. Si vedano, in particolare, Cass., 15 luglio 2005, n. 15019, in *Guida al Dir.*, 2005, n. 42, 54; Id, n. 16946/2003, in *Mass.*, 2003, 16946, secondo cui “in caso di morte violenta di un prossimo congiunto, ai parenti superstiti compete *iure hereditario* il danno biologico sofferto dal defunto e *iure proprio* il danno esistenziale connesso con la perdita degli equilibri familiari”; Id, 7 novembre 2003, n. 16716, in *Rep. Giur. It.*, 2003, voce *Diritti politici e civili*, n. 57; Id, 19 agosto 2003, n. 12124, *ibidem*, voce *Danni in materia civile e penale*, n. 234.

aver determinato concreti cambiamenti in senso peggiorativo della qualità della vita della vittima (tra i quali devono essere ricompresi quelli relativi alla sfera degli affetti e alla reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia)". Inoltre, si precisa che "in considerazione della tipicità della risarcibilità del danno non patrimoniale *ex art. 2059 c.c.*, il danno esistenziale è risarcibile solamente in presenza della lesione di interessi essenziali della persona, non aventi natura economica, ravvisati in quelli costituzionalmente garantiti".

Infine, l'impostazione giurisprudenziale favorevole alla ripartizione del danno non patrimoniale in danno biologico, morale ed esistenziale è stata accolta anche da alcune recentissime sentenze della Cassazione. Si consideri, ad esempio, la sentenza n. 2546/2007, con cui la S.C. ha ribadito come "il danno esistenziale non costituisce una componente o voce né del danno biologico né del danno morale, ma un autonomo titolo di danno"⁶¹. Significativo è poi il contributo fornito al dibattito sulla configurabilità del danno *de quo*, dalla sentenza della Cassazione n. 22884/2007, ove si afferma che "nel bipolarismo risarcitorio (danni patrimoniali e non patrimoniali) previsto dalla legge, al di là della questione puramente nominalistica, non è possibile creare nuove categorie di danni, ma solo adottare per chiarezza del percorso liquidatorio, voci o profili di danno, con contenuto descrittivo (e in questo caso e a questo fine può essere utilizzata anche la locuzione danno esistenziale, accanto a quella di danno morale e danno biologico), tenendo conto che da una parte deve essere liquidato tutto il danno, non lasciando privi di risarcimento profili di detto danno, ma che dall'altra deve essere evitata la duplicazione dello stesso, che urta contro la natura e funzione puramente risarcitoria della responsabilità aquiliana"⁶².

⁶¹ Cass., 6 febbraio 2007, n. 2546, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2.

⁶² Cass., 30 ottobre 2007, n. 22884, in *Resp. e Risarcim.*, n. 11/2007, p. 48 ss. La pronuncia riveste particolare importanza anche in relazione al caso di specie da essa esaminato. Si tratta, infatti, della dibattuta questione relativa al risarcimento *iure proprio* a favore dei familiari di una persona deceduta. Sul punto, la sentenza afferma che "l'interesse al risarcimento del danno non patrimoniale da uccisione del congiunto, per la definitiva perdita del rapporto parentale, si concreta nell'interesse all'intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia, all'inviolabilità della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito della peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia, la cui tutela è ricollegabile agli artt. 2, 29 e 30 Cost. Esso si colloca nell'area del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059

Sul versante opposto si collocano, invece, quelle sentenze che negano la risarcibilità del danno esistenziale in quanto tale⁶³.

Come visto in precedenza, già prima della svolta giurisprudenziale del 2003, non erano mancate decisioni contrarie a questo tipo di danno.

c.c., in raccordo con le suindicate norme della Costituzione e si distingue sia dall'interesse al bene salute (protetto dall'art. 32 Cost. e tutelato attraverso il risarcimento del danno biologico), sia dall'interesse all'integrità morale (protetto dall'art. 2 Cost. e tutelato attraverso il risarcimento del danno morale soggettivo)". La sentenza, dunque, si inserisce nell'ormai consolidato orientamento secondo cui tra le attività realizzatrici della persona bisogna annoverare anche gli affetti, la cui tutela nell'ambito del nucleo familiare viene in questo caso garantita attraverso il risarcimento del danno esistenziale. Va comunque segnalato che per la giurisprudenza della Cassazione l'unico affetto degno di tutela è quello originante in seno alla famiglia (c.d. lesione del rapporto parentale), mentre viene generalmente escluso il risarcimento del danno non patrimoniale in caso di perdita dell'animale d'affezione. Al riguardo si segnala un interessante e recentissimo caso in cui la S.C., pur riconoscendo astrattamente la figura del danno esistenziale, esclude che esso possa essere risarcito a favore del proprietario di un animale d'affezione che resta ucciso nel corso di un incidente stradale (nella specie, si tratta di un cavallo di razza trasportato dal padrone tramite una vettura con rimorchio, che viene tamponata da un autotreno). La Cassazione, in particolare, afferma che "in tema di responsabilità aquiliana, il danno non patrimoniale deve essere risarcito non solo nei casi di lesione di situazioni soggettive costituzionalmente protette, ma anche nei casi di situazioni legislativamente protette come figure tipiche di danno non patrimoniale, rientranti nell'ambito di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. Non appare riconducibile tuttavia né nell'una né nell'altra categoria di danni risarcibili, la perdita, a seguito di un fatto illecito (incidente stradale), di un cavallo indicato dalla parte come animale d'affezione, in quanto essa non è qualificabile come fattispecie di danno esistenziale consequenziale alla lesione di un interesse della persona umana alla conservazione di una sfera di integrità affettiva costituzionalmente tutelata, né tanto meno può essere sufficiente a tal fine la deduzione di un danno in *re ipsa*, con il generico riferimento alla perdita della qualità della vita. Inoltre, lo specifico riferimento al danno esistenziale impedisce di sussumere la domanda risarcitoria sotto altra voce di danno non patrimoniale, come ad esempio il danno morale soggettivo" (Cass., 27 giugno 2007, n. 14846, in *Guida al Dir.*, n. 39/2007, p. 57 ss.).

⁶³ Per quanto riguarda la dottrina, è contrario all'attuale configurabilità di un danno esistenziale Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano 2006, secondo cui con le sentenze del 2003 la Cassazione avrebbe dato l'addio al danno esistenziale. V., inoltre, Ponzanelli, *Il danno esistenziale e la Corte di Cassazione*, in *Danno e Resp.*, 2006, 8-9, 849, secondo cui nelle decisioni del 2003 nessun cenno era stato fatto alla categoria del danno esistenziale, preferendo rimanere fedeli al sintagma normativo "danno non patrimoniale", espressione da ritenersi preferibile in quanto "il vocabolo esistenziale – termine poco giuridico e preso a prestito dalla filosofia – è, infatti, espressione troppo generica e atecnica". V. anche Ponzanelli, *Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in *Danno e Resp.*, 2004, 5 ss. Significativo è, poi, il contributo di Rossetti, *Danno esistenziale, un concetto inutile*, in *Dir. e Giust.*, 2004, 46, 80, secondo cui le sentenze del 2003 sono state chiare nell'escludere dal nostro sistema della responsabilità civile la categoria del danno esistenziale, che, peraltro, "ormai non colma alcuna lacuna, ma duplica il risarcimento", in quanto "non è che un doppione: ora del danno morale ora del danno biologico". In altri termini, "non esiste la categoria del c.d. danno esistenziale, essendo ora risarcibili le lesioni di specifici valori costituzionalmente protetti". Infatti, "i due pregiudizi, definiti dalla S.C. l'uno come "danno morale", l'altro come "danno da lesione di interessi della persona di rango costituzionale", non sono che profili diversi dell'unico pregiudizio (morale), consistente nella lesione di interessi della persona non suscettibili di valutazione patrimoniale. Dei suddetti profili, ovviamente, si dovrà tener conto nel momento della *aestimatio*, ma resta escluso che essi possano dar luogo a due distinte e diverse liquidazioni".

Riprendendo alcune delle argomentazioni sostenute in passato e ritenendo di poterne trarre conferma proprio dalle sentenze del 2003, parte della giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, continua a contestare la categoria del danno esistenziale.

In particolare, alcuni giudici evidenziano il rischio di inaccettabili locupletazioni a vantaggio del danneggiato, a causa della possibile duplicazione risarcitoria a fronte delle medesime evenienze lesive e soprattutto per la rinnovata difficoltà di tracciare un *discrimen* tra il danno esistenziale e un danno morale transeunte, che, privato del proprio collegamento esclusivo con l'art. 185 c.p., vede inevitabilmente smarrire le proprie caratteristiche. E' stato, così, affermato che "non è più concepibile nel nostro ordinamento e di conseguenza non è autonomamente risarcibile il danno c.d. esistenziale, asseritamente consistente nella perdita o nello stravolgimento delle proprie abitudini di vita; tale tipo di pregiudizio, infatti, costituisce un danno indistinguibile dalle sofferenze morali, con la conseguenza che di esso si deve debitamente tener conto nella liquidazione del (unico e unitario) danno morale e non può essere liquidato a parte e in aggiunta rispetto agli altri danni non patrimoniali"⁶⁴.

Per altre pronunce, inoltre, sono i rapporti tra danno esistenziale e danno non patrimoniale che rappresentano il *punctum dolens* della vicenda, per cui si perviene a negare utilità alcuna al primo per ricomprenderlo indistintamente nel danno non patrimoniale *tout court*: "la categoria del c.d. danno esistenziale, sorta per aggirare il divieto risarcitorio posto dall'art. 2059 c.c., oggi non ha più ragion d'essere, una volta ritenuto dalla S.C. che il danno non patrimoniale sia risarcibile non solo nei casi espressamente previsti dalla legge, ma anche quando il fatto illecito abbia leso interessi della persona di rango costituzionale"⁶⁵.

Un ulteriore argomento contro la risarcibilità del danno esistenziale riguarda il rischio di una iper-protezione di certe situazioni giuridiche, la cui tutela è stata in alcuni casi riconosciuta se non attraverso un pallido aggancio costituzionale e che ha talvolta portato al risarcimento di danni c.d.

⁶⁴ Cfr. Trib. Roma, 16 gennaio 2004, in *Gius*, 2004, 1184.

⁶⁵ Trib. Bologna, 27 gennaio 2005, in *Dir. e Giust.*, f. 13, 42 con nota di Bordon.

bagatellari⁶⁶. Questi timori, non fugati dall'affermazione della necessaria ricorrenza della lesione di un bene di rilievo costituzionale, hanno trovato conferma in alcune sentenze di merito, che hanno ravvisato la ricorrenza del danno esistenziale in presenza delle più svariate ipotesi. Si pensi ad esempio al danno da "intasamento" della cassetta delle lettere derivante dal quotidiano fastidio di svuotarlo dal materiale pubblicitario che determinerebbe un *vulnus* alla propria sfera di riservatezza e serenità⁶⁷. Altra pronuncia ha riguardato il risarcimento del danno esistenziale cagionato dal ritardo con cui una compagnia telefonica aveva provveduto all'allacciamento della linea richiesta⁶⁸. Ancora, sono stati risarciti: il danno esistenziale che subisce il cittadino, consistente in uno stato di stress, per la minaccia di sospensione del servizio farmaceutico⁶⁹; il danno del proprietario di un autoveicolo che ha ricevuto diversi avvisi di contravvenzioni amministrative per una macchina che non è la sua⁷⁰; le conseguenze spiacevoli provocate dall'interruzione nella somministrazione dell'energia elettrica (danno esistenziale c.d. da black-out)⁷¹; il danno da cattivo taglio dei capelli⁷²; il danno da smarrimento del bagaglio⁷³; il danno da ritardo aereo⁷⁴; il danno da stress derivante dal dover sopportare le condizioni fatiscenti di un'abitazione vicina⁷⁵.

Nel contesto giurisprudenziale contrario al danno esistenziale si collocano alcune recenti pronunce. In particolare, proprio la terza sezione

⁶⁶ Paventa il pericolo di aumento delle liti "bagatellari", Busnelli, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona, Danno e resp.*, 2003, 976. In un'ottica di criticità, contraria al riconoscimento del danno esistenziale che spingerebbe "i cittadini a speculare", ritiene che i giudici "avrebbero almeno il dovere di compiere i più opportuni accertamenti istruttori e di non procedere con appiattimenti probatori in base a presunzioni, all'"*id quod plerunque accidit*" e a simili facilonerie, Gazzoni, *L'art. 2059 c.c. e la Corte Costituzionale: la maledizione colpisce ancora, Resp. civ. prev.*, 2004, 1313.

⁶⁷ Così, Giudice di Pace Bari, 22 dicembre 2003, in *Danno e Resp.* 2004, 880

⁶⁸ Cfr. Giudice di Pace Roma, 11 luglio 2003, in *Danno e Resp.*, 1, 2004, 85, secondo cui il danno esistenziale è consistito "non solo nell'impossibilità di disporre subito del servizio, ma anche nei disagi da affrontare sia per sollecitare la controparte all'adempimento sia per provvedervi diversamente".

⁶⁹ Giudice di Pace Napoli, 26 febbraio 2004, in *Danno e Resp.*, 2005, 433.

⁷⁰ Giudice di Pace Cesena, 23 gennaio 2005, in *Danno e Resp.*, 2006, 303.

⁷¹ Giudice di Pace Casoria, 13 luglio 2005, n. 2781, in *Danno e Resp.*, 2006, 54.

⁷² Giudice di Pace Catania, 25 aprile 1999.

⁷³ Giudice di Pace Massa, 17 novembre 2003, in *Dir. trasporti*, 2004, 1000.

⁷⁴ Giudice di Pace Bari, 7 novembre 2003, in *Danno e resp.*, 2004, 626.

⁷⁵ Trib. Bologna, 21 settembre 2005.

della Cassazione, con la sentenza 15 luglio 2005, n. 15022⁷⁶ aveva affermato che “il risarcimento del danno non patrimoniale, fuori dall’ipotesi di cui all’art. 185 c.p. e delle altre minori ipotesi legislativamente previste, attiene solo alle ipotesi specifiche di valori costituzionalmente garantiti (la salute, la famiglia, la reputazione, la libertà di pensiero, ecc.), ma in questo caso non vi è un generico danno non patrimoniale esistenziale, ma un danno da lesione di quello specifico valore di cui al referente costituzionale”⁷⁷. Queste argomentazioni, che sembravano doversi ritenere definitivamente superate dopo le successive citate sentenze delle Sezioni Unite, 24 marzo 2006, n. 6572 e della Cassazione, 12 giugno 2006, n. 13546, sono state invece nuovamente riprese sempre dalla terza sezione della Cassazione con la sentenza n. 23918/2006⁷⁸, la quale esclude la risarcibilità del danno esistenziale, in quanto ritenuto una categoria di danno astratta e generica e, pertanto, incompatibile con un sistema dell’illecito civile basato sulla tipicità del danno non patrimoniale. La critica mossa nei confronti del danno *de quo* si basa, in questo caso, sulla inidoneità di tale figura a garantire quella tipicità che deve invece caratterizzare il danno non patrimoniale. La Cassazione sviluppa le proprie argomentazioni attraverso tre passaggi logici: l’art. 2059 c.c., a differenza dell’art. 2043 c.c., limita il risarcimento del danno non patrimoniale ai soli casi previsti dalla legge; la lettura costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c., così come compiuta dalla Cassazione nel 2003, è apprezzabile in quanto ha consentito di assicurare la tutela risarcitoria a tutti i valori della persona, restando al tempo stesso fedele al principio di tipicità del danno non patrimoniale, il cui risarcimento può avvenire non solo nei casi previsti dalla legge ordinaria ma anche nel caso di lesioni di diritti della persona costituzionalmente garantiti; proprio questa lettura dell’art. 2059 c.c. non consente di far riferimento ad una generica figura di danno esistenziale, poiché altrimenti si finirebbe per portare anche il danno non patrimoniale nell’atipicità, sia pure attraverso l’individuazione dell’apparente tipica figura categoriale del danno

⁷⁶ Cass., 15 luglio 2005, n. 15022, in *Dir. e Giust.*, 2005, 40, con nota di Rossetti, *Danno esistenziale: fine di un incubo*.

⁷⁷ Prima ancora, si segnala Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Foro it.*, 2004, I, 3327 e in *Dir. e giust.* 2005, 13, 24, con nota di Rossetti.

⁷⁸ Cass., 9 novembre 2006, n. 23918, in *Giur. It.*, 2007, f. 11, con nota di Tomarchio.

esistenziale. Secondo la Cassazione, dunque, l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona, dichiarati inviolabili dalla norma costituzionale, senza che sia necessario ricorrere alla figura del danno esistenziale, dagli incerti ed indefiniti confini⁷⁹.

Va, peraltro, messo in evidenza come tale sentenza ritenga che la propria posizione non si ponga affatto in contrasto con il riconoscimento che del danno esistenziale hanno di recente compiuto le S.U., 24 marzo 2006, n. 6572. Ciò in quanto - si afferma - queste ultime indicano il preciso contenuto del danno non patrimoniale da demansionamento, poi qualificato come danno esistenziale, sfuggendo così al rischio proprio di una categoria generica, e soprattutto perché nel caso affrontato dalle S.U. è individuato nell'art. 2087 c.c. il preciso referente normativo cui ancorarne la risarcibilità.

Da tali affermazioni, dunque, sembrerebbe che questa volta la Corte, più che escludere in radice la risarcibilità di un danno esistenziale, evidenzi l'opportunità di evitare una eccessiva e irrazionale generalizzazione del suo contenuto, stigmatizzando il pericolo di una "astratta categoria dagli incerti e non definiti confini"⁸⁰.

⁷⁹ In senso conforme, cfr. anche Cass., 19 maggio 2006, n. 11761, in *Mass.*, 2006, 11761, che si esprime contro l'autonoma configurabilità del danno esistenziale, sempre a pochi mesi di distanza dalla citata sentenza Cass., S.U., 24 marzo 2006, n. 6572 di segno opposto. Nello stesso filone giurisprudenziale si collocano due recentissime sentenze (Cass., 20 aprile 2007, n. 9510, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, f. 7-8, 1553, e Cass., 20 aprile 2007, n. 9514, in *Giust. civ.*, *Mass.* 2007, 4), che dapprima ribadiscono la necessaria tipicità dell'art. 2059 c.c., per poi precisare che "in presenza della lesione all'integrità psico-fisica della persona, il danno alla vita di relazione costituisce una componente del danno biologico"; pertanto, liquidato quale componente del danno biologico, il danno alla vita di relazione, "non vi è luogo per una duplicazione liquidatoria della stessa voce di danno, sotto la categoria generica del danno esistenziale".

⁸⁰ A tal riguardo, va anche tenuto conto del caso risolto dalla Corte. La sentenza *de qua*, infatti, riguarda un'ipotesi di responsabilità medica, in cui l'attrice domanda (per le gravi conseguenze subite a seguito di un errato intervento chirurgico e del difetto di assistenza post-operatoria) il risarcimento dei danni morale e biologico, nonché, in aggiunta, il risarcimento del danno alla vita di relazione e del danno estetico, questi ultimi due a titolo di danno esistenziale. Nella specie, la pronuncia esclude che sia ravvisabile una precisa norma costituzionale cui ancorare il risarcimento di queste due voci di danno, ritenendo che esse siano in realtà già ricomprese nel danno biologico e che risarcirle autonomamente a titolo di danno esistenziale comporterebbe una inaccettabile duplicazione liquidatoria della stessa voce di danno. Il giudice, invece, dovrà tenerne conto nella liquidazione del danno alla salute complessivamente considerato, al fine di assicurare il corretto ed integrale risarcimento dell'effettivo pregiudizio subito dalla vittima. Sotto questo profilo, cfr. Cass.,

Sotto quest'ultimo profilo, non c'è dubbio che l'orientamento che si pone in posizione critica nei confronti del danno esistenziale ha certamente il merito di aver espressamente messo in evidenza la necessità di mantenere nell'ambito della tipicità le ipotesi di danni non patrimoniali risarcibili, contestando l'eccessiva dilatazione che talvolta essi hanno subito attraverso la figura del danno esistenziale così come interpretata da alcune pronunce giurisprudenziali. Resta, però, ancora aperto il problema se questo obiettivo possa effettivamente perseguirsi espungendo dal nostro ordinamento la figura del danno esistenziale

Il dato da cui partire è che, alla luce del sistema bipolare ridisegnato nel 2003 dalla Cassazione e dalla Corte Costituzionale, il danno non patrimoniale *ex art. 2059 c.c.* è idoneo a ricomprendere, accanto a voci di danno quale quello biologico e morale, tutte quelle lesioni scaturenti dalla compromissione di valori fondamentali della persona. Queste ultime possono anche definirsi, per comodità espositiva, come “danno esistenziale”, la cui risarcibilità però non potrà essere incondizionata, ma dovrà soggiacere a precisi limiti, che, a ben vedere, sono stati indicati nelle stesse sentenze della Consulta e della Cassazione già citate e consistono nell'imprescindibile legame con i beni di rango costituzionale. Pertanto, la loro lesione si pone come *condicio sine qua non* per l'emersione di un danno propriamente esistenziale, che si può considerare come una sintesi verbale di tutti i danni non patrimoniali scaturenti dalla lesione dei diritti dell'individuo tutelati nella Costituzione.

Pertanto, siccome talvolta il richiamo a valori costituzionali, genericamente compiuto sulla base dell'art. 2 Cost., non ha impedito risarcimenti c.d. bagatellari (ove in realtà è stato ravvisato solo un pallido aggancio costituzionale), il vero problema è quello di assicurare che l'interprete fondi di volta in volta il risarcimento del danno esistenziale su un ben precisato referente normativo. Quindi, la tipicità del danno non patrimoniale, di cui all'art. 2059 c.c., può essere garantita solo attraverso l'individuazione (giustamente auspicata da tutta la giurisprudenza di

26 febbraio 2004, n. 3868, in *Guida al Dir.*, 2004, 16, 58, secondo cui “il danno alla vita di relazione e quello estetico costituiscono componenti del danno biologico”.

legittimità, ivi compresa quella a favore del danno esistenziale) degli specifici valori costituzionali cui ancorare caso per caso la lesione che si ritiene di aver subito⁸¹. Al contrario, se si risarcisse ogni forma di disagio, si finirebbe inevitabilmente con il trascurare lo stesso insegnamento della Cassazione, la quale, sottolineando la necessità di un *contra ius* costituzionale, ha precisato che la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. non può certamente costituire un'occasione di incremento generalizzato delle poste di danno, né può diventare uno strumento di duplicazione di risarcimento degli stessi pregiudizi, quanto piuttosto deve essere un mezzo per colmare le lacune nella tutela risarcitoria della persona.

⁸¹ Dunque, la querelle sul danno esistenziale dovrebbe incentrarsi non tanto su un aspetto meramente terminologico, quanto piuttosto sul profilo sostanziale della necessaria salvaguardia della tipicità richiesta dall'art. 2059 c.c. Sul punto si veda, in dottrina, Vittoria, *Un regolamento di confini per il danno esistenziale*, cit., 1248, che, pur ammettendo la figura del danno esistenziale, precisa: "il danno esistenziale non può legittimarsi come categoria senza confini, tanto da trascorrere da situazioni di mero disagio a situazioni di perdita della quotidianità per lesioni di interessi costituzionalmente protetti. Sono proprio e solo questi ultimi a rilevare sotto il profilo del risarcimento del danno non patrimoniale. Naturalmente occorre scrutinare, all'interno del quadro costituzionale, i diritti fondamentali operanti in via immediata nei rapporti interprivati, sottraendosi alla tentazione di utilizzare l'art. 2 Cost. come ombrello protettivo per ogni malanno che piove dal cielo; escludo ad esempio qualsiasi fondamento di un preteso diritto alla serenità morale". Cfr. anche Gazzoni, *L'art. 2059 c.c. e la Corte Costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 1305, secondo cui "il rinvio previsto dall'art. 2059 c.c. non può essere se non quello ad una legge puntuale e non già ad una norma in bianco, quale è quella contenuta all'art. 2 Cost., che non individua i diritti inviolabili, né, in realtà, li tutela".

CAPITOLO SECONDO

IL PROBLEMA DELLA RISARCIBILITÀ DEL DANNO NON PATRIMONIALE DA INADEMPIMENTO E DEL SUO FONDAMENTO NORMATIVO

2.1. La tesi tradizionale contraria al risarcimento

Uno dei tradizionali e più risalenti argomenti con cui la dottrina ha negato la risarcibilità dei danni non patrimoniali derivanti da un inadempimento è quello che fa leva sulla natura patrimoniale della prestazione dedotta in obbligazione⁸²; si assume, cioè, che se in base al nostro diritto positivo l'obbligazione deve avere per oggetto una prestazione patrimoniale e, d'altronde, l'ambito della responsabilità contrattuale è determinato dall'inesecuzione della prestazione stessa, il campo dei danni non patrimoniali, in questo settore, non può che restare al di fuori della rilevanza giuridica⁸³. Anche la giurisprudenza si è talvolta riferita alla

⁸² In tal senso si esprimeva, già sotto la vigenza del precedente codice civile, Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno – La colpa contrattuale*, Torino, 1897, 567, secondo cui “determinato così il pregiudizio risarcibile derivante da inadempimento, è facile inferirne che per la sua natura stessa non si può estendere al così detto danno morale: consistendo tutto nella diminuzione del patrimonio cagionata dall'inadempimento dell'obbligazione, esige la possibilità dell'estimazione pecuniaria che mal si adatta a beni costituenti quel che figuratamente è chiamato patrimonio morale della persona”. Nello stesso senso, Pacchioni, *cit.*, p. 331. Di diverso avviso, invece, Franzoni, *Fatti illeciti, cit.*, 1187, secondo cui altri sono gli argomenti che vanno impiegati per dimostrare la irrisarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento: “va subito precisato che la natura patrimoniale della prestazione dedotta in obbligazione non può costituire un limite al risarcimento del danno morale. Invero, se è ammissibile che la lesione di un bene o un interesse di per sé non patrimoniale possano avere riflessi patrimoniali e dare luogo al risarcimento del danno patrimoniale, è altresì ammissibile che la lesione di un bene o un interesse patrimoniale producano un danno non patrimoniale (...). Di diverso spessore mi sembra l'opinione di chi giunge a negare il risarcimento sulla scorta di una considerazione di carattere sistematico”.

⁸³ Questa affermazione, tuttavia, è agevolmente superabile se solo si considera che, se la prestazione deve assumere il carattere della patrimonialità, ciò non toglie che l'obbligazione può corrispondere (ed è lo stesso codice a prevederlo) anche ad interessi non patrimoniali. Sul punto, comunque, si veda diffusamente *infra*, par. 2.3. Non può convincere, invece, la risalente lettura dell'art. 1174 c.c. compiuta da De Cupis, *Il danno*, vol. I, Milano, 1979, p. 131, secondo il quale il riferimento all'interesse non patrimoniale, contenuto in tale norma, “va rettamente inteso nel senso che, accanto all'interesse patrimoniale, potrà

patrimonialità della prestazione, come argomento decisivo per sostenere la propria posizione prevalentemente ostile nei confronti del riconoscimento del danno in questione. Emblematica, in tal senso, è la recente sentenza con cui i giudici di legittimità hanno affermato che “nessuna responsabilità per danno morale poteva porsi a carico della convenuta, poiché detto danno presuppone sempre l’esistenza di una responsabilità extra-contrattuale”⁸⁴, implicitamente ravvisandosi nella patrimonialità degli interessi tutelati *ex contractu* un insuperabile ostacolo alla risarcibilità di pregiudizi non patrimoniali: l’art. 1321 c.c., infatti, prevede che il contratto è l’accordo per costituire, regolare, estinguere un rapporto giuridico *patrimoniale*; inoltre, in base alle norme in materia di responsabilità contrattuale, la conseguenza dell’inadempimento imputabile al debitore è l’obbligo legale di risarcire il danno, nel quale si converte l’obbligazione originaria rimasta insoddisfatta; patrimoniale era la prestazione dovuta e inadempita, patrimoniale deve essere anche il danno che la sostituisce.

In ogni caso, va evidenziato che la maggior parte delle tesi contrarie o comunque fortemente limitatrici in ordine alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento partono dal presupposto che il problema in esame vada risolto alla luce di quanto disposto dall’art. 2059 c.c., poiché si ritiene che questa sia l’unica disposizione idonea a disciplinare, nel nostro ordinamento civilistico, il danno non patrimoniale e che, dunque, il limite testuale ivi contenuto si riferisca alla risarcibilità del danno non patrimoniale *tout court*. Così, soprattutto anteriormente alla svolta giurisprudenziale del 2003, si è utilizzato proprio l’art. 2059 c.c. e la sua interpretazione restrittiva per giungere di fatto a negare la generalizzata risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento.

eventualmente sussistere *anche* un diverso interesse non patrimoniale, non già che l’interesse non patrimoniale possa prendere il posto dell’interesse patrimoniale”. Ciò in quanto, prosegue l’A., se la prestazione deve avere natura patrimoniale, essa necessariamente deve corrispondere ad un interesse della stessa natura; “nel caso, poi, che un interesse non patrimoniale accompagni l’interesse patrimoniale, solo quest’ultimo può essere oggetto di danno risarcibile, poiché “la tutela giuridica non viene estesa anche all’interesse non patrimoniale”.

⁸⁴ Così, Cass., 23.12.2003, n. 19769, in *Giust. Civ.*, 2004, I, 1763. Per la giurisprudenza di merito, si veda, ad esempio, Corte App. Perugia 08.06.1998, in *Rass. giur. umbra*, 1999, 1, secondo cui “non è ammissibile il risarcimento del danno morale consistente nell’afflizione derivante da inadempimento contrattuale”.

In particolare, si è sostenuto che, poiché la citata disposizione opera solo in caso di reato, laddove l'inadempimento non configuri almeno astrattamente un fatto penalmente rilevante (il che accade in ipotesi estremamente rare), il danno non patrimoniale non può essere risarcito. La giurisprudenza, che si è fatta portatrice dell'orientamento più restrittivo, ha ad esempio affermato che, "qualora la responsabilità risulti fondata su un titolo contrattuale, non potrà essere concesso il risarcimento del danno morale, in quanto quest'ultimo, ai sensi dell'art. 2059 c.c., è conseguente solo a fatti costituenti reato e, quindi, a responsabilità aquiliana"⁸⁵. Secondo questa ricostruzione, dunque, l'art. 2059 c.c. contempla solo un'ipotesi di risarcimento del danno morale da reato e quindi non può operare al di fuori dell'ambito della responsabilità extra-contrattuale; dalla mancata estensione di tale disposizione al campo contrattuale, viene, così, fatta discendere l'irrisarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento⁸⁶.

Anche per la dottrina tradizionale⁸⁷, uno degli argomenti principali a sostegno della tesi negatrice è che il danno non patrimoniale può essere

⁸⁵ Trib. Lucca, 18 gennaio 1992, in *Foro It.*, 1993, I, 264

⁸⁶ Così, Cass., 28 gennaio 1985, n. 472, in *Mass. Giust. Civ.*, 1985, 173. Tra le altre pronunce che negano la risarcibilità del danno contrattuale non patrimoniale, si segnalano: Cass., 26.01.1989, n. 473, in *Mass. Giur. Lav.*, 1989, p. 210, secondo cui "il risarcimento del danno non patrimoniale presuppone sempre un reato e dunque non può avere fonte in una responsabilità contrattuale, ma solo in quella aquiliana, si vedano anche"; Cass., 28 gennaio 1985, n. 472, in *Mass. Giust. Civ.*, 1985, 173; implicitamente, Cass., S.U., 16.05.1984, n. 2981, in *Mass. Giust. Civ.*, 1985, fasc. 5; Trib. Milano, 13 maggio 1982, in *Resp. Civ. Prev.*, 1983, 156; Trib. Bologna, 17.04.1975, in *Giur. It.*, 1976, I, 2, c. 360. A ben vedere, questo stesso contesto giurisprudenziale va collocata anche una pronuncia dei giudici di merito che ha riconosciuto il risarcimento del danno morale ai genitori di una bambina rimasta gravemente handicappata a seguito di difficoltà insorte al momento del parto e non affrontate con la dovuta diligenza professionale da parte dei sanitari. Si tratta di Trib. Milano, 13.02.1982, in *Resp. civ. prev.*, 1983, p. 156, ove si legge che "non osta alla risarcibilità di tale danno il fatto che esso rappresenti la conseguenza di un illecito contrattuale; ciò in quanto l'unico presupposto per la risarcibilità del danno medesimo alla stregua del vigente ordinamento è che il fatto generatore del pregiudizio integri, come nella specie, un'ipotesi di reato, indipendentemente dalla circostanza che esso inerisca ad un titolo di responsabilità contrattuale o aquiliana".

⁸⁷ In dottrina, si sono espressi in senso contrario alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento: Busnelli, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, p. 1 e ss.; Zeno-Zencovich, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, 77 e ss.; De Cupis, *Il danno*, vol. I, Milano, 1979, p. 127-136. Prima ancora, si veda R. Scognamiglio, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 313, il quale si segnala per essere stato uno dei più ferrei assertori della tesi negatrice, escludendo però l'operatività del 2059 c.c.: secondo tale A., infatti, l'irrelevanza del danno morale contrattuale si spiegherebbe considerando che danni morali non sarebbero tutte le sensazioni dolorose, connesse al sacrificio di qualsiasi interesse protetto, ma solo quelle conseguenti alla lesione di beni della personalità, i quali non sono

risarcito, per il combinato disposto degli artt. 185 c.p. e 2059 c.c., solo nelle ipotesi di reato⁸⁸. In particolare, secondo l'impostazione più rigorosa, una corretta prospettiva interpretativa deve necessariamente prendere le mosse dall'art. 2059 c.c., il quale prevede la risarcibilità del danno non patrimoniale soltanto nei casi previsti dalla legge e poiché l'unico caso previsto dalla legge, si è detto in passato, è rappresentato dall'art. 185 c.p., il danno non patrimoniale da inadempimento non può essere risarcito, se non nelle rare ipotesi di inadempimento-reato⁸⁹. Esistono, infatti, nel nostro ordinamento, figure di reato consistenti proprio in fattispecie contrattuali e la dottrina ha in proposito distinto due diverse categorie: i "reati-contratto" e

in linea di principio suscettibili di costituire oggetto di obbligazione; l'inadempimento, semmai, può essere fonte di ripercussioni di ordine soggettivo, in sé e per sé giuridicamente irrilevanti. L'A., dunque, pur sostenendo l'inapplicabilità dell'art. 2059 c.c. alla materia contrattuale (sulla base di argomenti rigidamente testuali), perviene al medesimo risultato di chi invece nega la risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento proprio attraverso l'art. 2059 c.c. Di recente, si veda poi Cenini, *Risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi di inadempimento contrattuale e vacanze rovinate*, in *Riv. dir. civ.*, n. 5/2007, p. 639, secondo il quale "la regola dell'irrisarcibilità dei danni non patrimoniali in ambito contrattuale è strettamente legata a quella dell'irrisarcibilità dei danni imprevedibili ex art. 1225 c.c., dato che, in ambito contrattuale, nella maggioranza dei casi difficilmente l'eventualità del verificarsi di danni non patrimoniali può essere considerata prevedibile da parte del debitore al momento in cui sorge l'obbligazione (...). Addossare a carico del debitore il risarcimento dei danni non patrimoniali, o più in generale non prevedibili, potrebbe significare, per lo più, non consentirgli di avere incentivi efficienti per organizzarsi per far fronte all'eventualità che l'inadempimento si verifichi: le sue precauzioni sarebbero quindi eccessive o inferiori al livello ottimale, con evidenti ripercussioni negative sull'efficienze dell'adempimento stesso". Il ragionamento, tuttavia, non convince: la regola della irrisarcibilità dei danni imprevedibili, lungi dal costituire un dato da cui desumere l'irrisarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento, può al contrario costituire lo strumento normativo idoneo a definire i confini di questa risarcibilità, per la quale, come si vedrà *infra*, non può ritenersi operante il limite della riserva di legge di cui all'art. 2059 c.c., essendo invece applicabili gli artt. 1218 e ss. c.c.

⁸⁸ Va segnalato, comunque, che anche la dottrina contraria al danno non patrimoniale da inadempimento, ritiene che non vi siano ostacoli alla sua risarcibilità quando le parti di un contratto abbiano espressamente pattuito, in particolare tramite lo strumento della clausola penale, che in caso di inadempimento vadano risarciti anche i danni non patrimoniali. Sul punto, si veda Zeno Zencovich, *cit.*, 87-88, secondo cui "attraverso la clausola penale, le parti possono individuare un mezzo per evitare che loro interessi, patrimoniali e non, rimangano lesi senza possibilità di adeguata riparazione. In particolare, la clausola penale sembra diretta, anche, a ristorare il beneficiario dai disagi, i turbamenti, le ansie derivanti dall'inadempimento, quale che sia poi il suo interesse contrattuale, patrimoniale o non patrimoniale".

⁸⁹ Sul punto, cfr. Bianca, *Diritto civile*, V, *La Responsabilità*, Milano, 1994, p. 171, secondo cui "al di fuori della lesione dei diritti fondamentali (e nelle rare ipotesi di inadempimenti-reati) il danno non patrimoniale contrattuale è giuridicamente irrilevante. Anche se l'obbligazione è diretta a soddisfare interessi non patrimoniali, il creditore potrà dolersi solo dei riflessi economici negativi dell'inadempimento". Si veda anche De Cupis, *op. cit.*, p. 132, secondo cui "l'inadempimento di un'obbligazione solo assai raramente è qualificato dall'ordinamento giuridico come reato - laddove il fatto produttivo di danno extracontrattuale riceve tale qualificazione con assai maggiore frequenza - : è ben raro, quindi, che si rientri, esso (inadempimento) ricorrendo, nella speciale ipotesi della legge".

i “reati in contratto”. La prima fattispecie ricorre quando il disvalore penale si incentra sulla contrattazione in sé, nel senso che la sussistenza del reato è condizionata dal fatto che il negozio abbia per oggetto un determinato bene-interesse considerato dalla legge come illecito. Diversamente, nei c.d. reati in contratto il fatto assume rilevanza penale a causa delle modalità di conclusione o di esecuzione del contratto⁹⁰. Si è ritenuto, dunque, che solo qualora ricorra uno di questi casi (il che costituisce un’ipotesi pressoché marginale) potrebbe tutt’al più trovare spazio un danno non patrimoniale legato alla contrattualità⁹¹.

Infine, è stato affermato che, laddove si volesse negare l’applicazione, in caso di inadempimento, della regola di cui all’art. 2059 c.c., la risarcibilità del danno *de qua* andrebbe ugualmente esclusa in base ad un’esigenza di coerenza interna al sistema risarcitorio, in quanto vi sarebbe il rischio di una maggiore estensione del danno non patrimoniale da inadempimento rispetto a quello da illecito, strettamente ancorato al limite di cui all’art. 2059 c.c. (soprattutto alla luce di come tradizionalmente interpretato). Il risultato sarebbe quello di un sistema disarmonico che offrirebbe un maggiore ristoro alle posizioni del contraente leso rispetto a colui che subisce una violazione del *neminem laedere*⁹². Sarebbe infatti incoerente che l’ordinamento riconoscesse l’illimitata risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento e non invece nel caso, più grave, di illecito aquiliano.

⁹⁰ In materia, si veda Liberati, *I reati contratto e in contratto*, Roma, 1998; Id, *Contratto e reato*, Milano, 2004.

⁹¹ Sul punto, si veda però Franzoni, *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, p. 527, il quale sostiene che una corretta applicazione dell’art. 185 c.p. consente di non considerare come meramente marginali le ipotesi di inadempimento-reato. Infatti, “la norma, così come non distingue tra reati colposi e reati dolosi, tra reati contro la persona e reati contro il patrimonio, neppure distingue tra reati consumati con un inadempimento contrattuale e tutti gli altri. Sarebbe illogico omettere la sussistenza di un fatto che costituisca reato solo perché questo nel contempo è un inadempimento che, in quanto tale, non ammette il risarcimento del danno morale. Fra l’altro, i fatti che costituiscono un reato ed un inadempimento sono assai frequenti: basti pensare al caso dell’uccisione del trasportato durante l’esecuzione del contratto di trasporto di persona; al caso di chi scientemente abbia contrattato con il proposito di non adempiere, così realizzando una truffa in danno dell’altro contraente; al caso dell’appropriazione indebita commessa da un cassiere di una banca in danno di un cliente; a tutti i casi di licenziamento ingiurioso in danno del dipendente”.

⁹² Zeno-Zencovich, *Danni non patrimoniali e inadempimento*, cit., 116.

2.2. Il tentativo giurisprudenziale di aggirare la questione: il preteso cumulo tra responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale. Critiche

La giurisprudenza prevalente, che ha negato in linea di principio la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, ha talvolta aggirato il problema riconoscendo, specie in alcuni ambiti, la possibilità di un concorso tra l'azione contrattuale e quella extra-contrattuale⁹³. I giudici, infatti, abbandonando un antico orientamento⁹⁴, sono giunti ad ammettere che se un fatto violi contemporaneamente non soltanto diritti derivanti dal contratto, ma anche i diritti spettanti alla persona offesa indipendentemente dal contratto stesso, il soggetto leso può scegliere tra l'esercizio dell'azione contrattuale o l'esercizio di quella aquiliana di cui all'art. 2043 c.c.⁹⁵. L'orientamento si è formato prevalentemente in materia di trasporto di persone, nell'ambito del quale può verificarsi che l'inadempimento della prestazione o di un obbligo accessorio causi altresì danni al trasportato⁹⁶. Non mancano peraltro pronunce favorevoli al cumulo di azioni in altri settori, come nel caso di un contratto di albergo⁹⁷ o in quello del contratto d'opera stipulato con il medico⁹⁸, o del rapporto di lavoro subordinato⁹⁹.

⁹³ E' bene precisare che di "concorso di responsabilità" può parlarsi in senso proprio esclusivamente nel caso in cui, dal punto di vista oggettivo un unico fatto lesivo (proveniente dal medesimo autore) si configuri al contempo come inadempimento dell'obbligazione e come illecito aquiliano, con perfetta coincidenza – sotto il profilo soggettivo – tra le figure di autore del danno/debitore da un lato e danneggiato/creditore dall'altro. Risultano, invece, estranee a tale problematica alcune fattispecie che possono definirsi di "concorso improprio", come quella in cui il debitore cagioni con il proprio inadempimento un danno (contrattuale) al creditore e contestualmente un danno (per definizione extra-contrattuale) ad un terzo estraneo al rapporto obbligatorio.

⁹⁴ Tra le più risalenti, sotto il vecchio codice civile, cfr.: Cass., 13 marzo 1922, in *Giur. It.*, 1922, I, 1, c. 385; Cass., 12 gennaio 1926, *ivi*, 1926, I, 1, c. 230. Dopo l'entrata in vigore dell'attuale codice, cfr. App. Venezia, 9 gennaio 1946, in *Foro pad.*, 1946, c. 223; Cass., 27 marzo 1947, in *Giur. It.*, I, 1, c. 421.

⁹⁵ Cfr., ad es., Cass., S.U., 2 agosto 1995, n. 8459, in *Corr. Giur.*, 1996, 204; Cass., S.U., 14 maggio 1987, n. 4441, in *Giust. Civ.*, 1987, I, 1628; Cass., 23 giugno 1994, n. 6064, in *Foro It.*, 1995, I, 201.

⁹⁶ Cfr., Cass., 19 gennaio 1996, n. 418, in *Giust. Civ., Mass.*, 1996, f. 1, che ha affermato il concorso della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nei confronti del destinatario della merce trasportata, rispettivamente, del vettore e del custode, al quale il primo aveva consegnato la merce che poi era stata smarrita; cfr. anche Cass., 24 maggio 1993, n. 5831, in *Mass.*, 1993, 5831; Cass., 9 gennaio 1979, n. 119, in *Arch. Civ.*, 1979, 30; Cass., 19 marzo 1979, n. 1593, *ibidem*, 937.

⁹⁷ Si veda Cass., 21 dicembre 1968, n. 4043, in *Mass.*, 1968, 4043.

⁹⁸ Cass., 15 giugno 1954, n. 2016, in *Giust. Civ.*, 1954, 1440.

⁹⁹ Cfr. Cass., 20 giugno 2001, n. 8381, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2203 e Cass., 8 gennaio 1999, n. 108, in *Danno e resp.*, 1999, 899, secondo le quali "il nesso causale del danno con

La possibilità di agire, in cumulo o in alternativa¹⁰⁰, con l'azione contrattuale e/o con quella aquiliana potrebbe, a prima vista, togliere rilevanza pratica al problema della risarcibilità dei danni non patrimoniali conseguenti all'inadempimento di un'obbligazione, ammettendo la possibilità di cumulare con l'azione contrattuale *ex art. 1218 c.c.* anche l'azione risarcitoria dettata per i danni non patrimoniali dall'*art. 2059 c.c.*

Anzi, secondo parte della dottrina il concorso (o il cumulo) tra l'azione contrattuale e quella aquiliana costituisce un efficace strumento per "erodere la regola dell'irrisarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento"¹⁰¹. Più precisamente, è stato affermato che "se dubbi possono sorgere sulla coerenza dogmatica del concorso delle due azioni, agli effetti pratici esso tende ad assicurare al soggetto leso un ambito di tutela senza il quale si verificherebbe una manifesta ed iniqua disparità di trattamento fra chi è legato da un rapporto contrattuale e chi non lo è, nel caso di lesioni all'integrità fisica". Peraltro, non è un caso che "i sistemi in cui il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale è risarcito (come quello francese), non conoscono il concorso delle azioni contrattuali ed extra-contrattuali, e ciò appare assolutamente coerente in quanto se ne avrebbe una duplicazione della tutela offerta dall'ordinamento agli interessi privati". Dunque, "quella che è la più naturale e diretta area di intervento della regola della risarcibilità dei danni non patrimoniali derivanti da inadempimento contrattuale, vigente in alcuni sistemi giuridici, viene coperta dall'ordinamento italiano attraverso il principio del concorso delle azioni di responsabilità". D'altronde, si conclude, è proprio contestando la possibilità teorica del cumulo dell'azione contrattuale con quella aquiliana

l'attività svolta dal lavoratore subordinato consente di ipotizzare, per un fatto che violi contemporaneamente sia diritti che spettano alla persona in base al precetto del *neminem laedere*, sia i diritti che scaturiscono dal vincolo contrattuale, il concorso dell'azione extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.* e di quella contrattuale basata sulla violazione degli obblighi di sicurezza posti a carico del datore di lavoro *ex art. 2087 c.c.*".

¹⁰⁰ La giurisprudenza compie spesso un uso promiscuo dei due termini. In realtà, tra "concorso" e "cumulo" esiste una differenza sostanziale: il concorso ammette l'esperimento delle due azioni, ma in via elettiva o l'una in via principale e l'altra in via subordinata; il cumulo permetterebbe, invece, di utilizzare insieme le due azioni, unendo così i vantaggi dell'una e dell'altra.

¹⁰¹ In questo senso, cfr. Zeno-Zencovich, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1987, 88-89.

che parte della dottrina ha argomentato la risarcibilità dei danni contrattuali non patrimoniali¹⁰².

Nello stesso senso, è stato altresì sostenuto che la giurisprudenza ha superato l'ostacolo alla risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento "ammettendo l'esercizio in concorso o il cumulo dell'azione contrattuale e dell'azione aquiliana. Così, è risolto indirettamente il problema del risarcimento del danno morale da responsabilità contrattuale, giacché il fatto produttivo dell'inadempimento è altresì fonte di responsabilità aquiliana. Pertanto, in Italia l'inadempimento non produce un danno morale, tuttavia se il medesimo fatto cagiona un reato, allora si può agire in concorso o in cumulo con l'azione ex art. 2059 c.c."¹⁰³.

Ebbene, rispetto a tale impostazione è opportuno svolgere due ordini di considerazioni.

Il primo concerne la stessa ammissibilità del preteso cumulo o concorso tra le due citate azioni. Senza ambizioni di completezza, non potendo essere questa la sede per affrontare una tematica così complessa e dibattuta¹⁰⁴, basti notare che il suddetto cumulo risulta difficile da

¹⁰² Così, sempre Zeno-Zencovich., *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, cit., p. 89.

¹⁰³ Franzoni, *Fatti illeciti*, cit., 1188-1189.

¹⁰⁴ Per un'attenta disamina sull'argomento, cfr. Russo, *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 962 e ss., il quale poi conclude negando la possibilità del concorso tra i due titoli di responsabilità; in senso contrario, si sono espressi anche: Asquini, *Massime non consolidate in tema di responsabilità nel trasporto di persone*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, p. 2 ss.; Monateri, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale*, Padova, 1989. Sull'argomento, si vedano anche, tra i tanti: Arienzo, *In tema di concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e di prescrizione dell'azione di risarcimento*, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 15; Azzariti, *In tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, II, p. 469 e ss.; Giardina, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993; Majello, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extra-contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 109 e ss., oggi in *Scritti di diritto patrimoniale*, Napoli, 1992, p. 265; Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale* (dir. vig.), in *Encicl. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1072 e ss.; Ponzanelli, *Il concorso di responsabilità: le esperienze italiane e francese a confronto*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, p. 36 e ss.; Roberti, *Il preteso assurdo cumulo di azione nel contratto di trasporto*, in *Foro It.*, 1960, IV, p. 26; Rossello, *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto della giurisprudenza*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 642 e ss.; Sacco, *Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale, in Europa e diritto privato*, 2001, p. 131 e ss.; Sacco, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in G. Visintini (a cura di) *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale. Analisi comparata di un problema*, Padova, 1989; Toscano, *Responsabilità civile; problema del cumulo e del concorso delle responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, p. 248; Turco, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo fra responsabilità*

giustificare sia in termini dogmatici, sia sul piano sistematico e della coerenza logico-giuridica. Infatti, le due azioni sono incompatibili tra loro e non possono giuridicamente coesistere, nel momento in cui si vogliono far derivare da un unico fatto posto in essere da un medesimo autore nei confronti della stessa persona. Sussiste, cioè, anzitutto una difficoltà logica a giustificare il perché uno stesso comportamento dell'agente, dal quale scaturisce un unico evento pregiudizievole, debba dare origine a due responsabilità di natura diversa. Il sistema positivo, d'altro canto, distingue nettamente le due forme di responsabilità e le lega a presupposti diversi, con la conseguenza che laddove vi è un rapporto obbligatorio non può al contempo concepirsi l'applicazione delle norme in materia extracontrattuale¹⁰⁵: ove la lesione di un diritto consegue all'inadempimento di un'obbligazione, essa sarà reintegrata in base alle regole della responsabilità contrattuale, mentre le norme in materia di illecito aquiliano non operano¹⁰⁶.

contrattuale ed extracontrattuale, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 104 e ss.; Visintini, *Responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale (una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1077.

¹⁰⁵ Dall'altro lato, ed in senso opposto, vi è chi contesta il preteso cumulo di responsabilità contestando invece la stessa attualità ed il valore da riconoscere alla *summa divisio* della responsabilità civile in contrattuale ed extra-contrattuale. Si fa notare come sia anzitutto venuto meno il criterio discrezionale basato sulla natura degli interessi giuridici protetti, in quanto la responsabilità aquiliana ha ampliato i propri confini sino al punto da abbracciare la lesione dei diritti di credito e persino degli interessi legittimi. Inoltre, si è venuta a creare una zona grigia di confluenza dei due regimi ad esempio tramite l'emersione nel rapporto obbligatorio degli obblighi di protezione, i quali attraggono alla tutela contrattuale territori altrimenti affidati alla responsabilità aquiliana e così facendo assoggettano, in punto di rimedi, beni quali l'integrità fisica, psichica e morale alla diversa sequenza: adempimento coattivo *et similia* – responsabilità sussidiaria. Sull'argomento, si vedano più diffusamente: Visintini, *Inadempimento* cit., 26; Busnelli, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, 748; Giardina, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Una distinzione attuale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 79.

¹⁰⁶ Più in generale, è stato affermato (v. Russo, *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto*, cit., p. 989) che principio portante del nostro ordinamento è quello secondo cui “dove la lesione del diritto possa essere specificamente reintegrata, la norma dell'art. 2043 c.c. non soccorre. Ad esempio, il possessore di mala fede che detiene la cosa mia è soggetto alla *rei vindicatoria*, anche se detenendola mi arreca un danno e contravviene al generale precetto del *neminem laedere*. L'obbligato agli alimenti che non li fornisce secondo le sue possibilità arreca un danno all'alimentando, viola, cioè, quel precetto, ma il giudice giudicherà non in base all'art. 2043 c.c., bensì in base alla norma che regola l'obbligo degli alimenti, ecc.”. Pertanto, “l'art. 2043 c.c. deve considerarsi una di quelle norme integrative che si applica quando, per il fatto che l'autore materiale del danno non leda un particolare diritto (di proprietà, di credito, ecc.), il diritto al risarcimento non scaturirebbe da altre particolari norme e ne deriverebbe una inefficace forma di tutela nei confronti dei soggetti che hanno subito il danno. Ma dove queste norme vi siano, dove l'interesse sia sufficientemente tutelato per l'esistenza di un particolare

Avendo la legge disciplinato in modo diverso le conseguenze che scaturiscono dall'inadempimento rispetto a quelle derivanti dalla violazione del generico dovere di non ledere, è chiaro che alla prima fattispecie non si possono applicare le norme relative alla seconda, poiché il debitore, venendo meno al suo obbligo contrattuale, lede in ogni caso un solo diritto, quello scaturente dal rapporto obbligatorio e non anche quello generico del *neminem laedere* che, concretandosi nel primo, è quindi venuto meno¹⁰⁷. Peraltro, se queste considerazioni non fossero esatte, in qualsiasi violazione di un diritto si dovrebbe riconoscere un fatto illecito e ove tale violazione abbia prodotto un danno si dovrebbero ritenere applicabili le norme sulla responsabilità aquiliana. Conclusione manifestamente assurda, in quanto, oltre a dare ad esse una portata che evidentemente non si può loro attribuire, implicherebbe la inutilità di tutte le regole che governano la violazione di un diritto preesistente e, in particolare, l'inadempimento di obblighi contrattuali.

Compiute queste necessarie premesse e tornando al tema di cui ci si occupa, è bene notare che la regola giurisprudenziale, che ammette il concorso tra le due tipologie di azioni, non solo è – come visto - discutibile nell'impostazione di base, ma, applicata anche ai danni non patrimoniali, in realtà rispecchia una concezione restrittiva della rilevanza di essi quando derivano da un inadempimento. La suddetta ricostruzione giurisprudenziale, lungi dall'essere espressione di una tendenza ad ammettere la risarcibilità di tali danni, di fatto si allinea con la tradizionale impostazione negatrice, in quanto il contraente può, sì, agire per il danno non patrimoniale subito a causa dell'inadempimento del contratto, ma può farlo solo se ed in quanto, oltre all'azione contrattuale, egli può esperire anche il rimedio aquiliano. In questo modo, tuttavia, si torna al punto di partenza: se si agisce scegliendo l'azione extra-contrattuale, la riparabilità del danno non patrimoniale è

diritto, dove il danno sia conseguenza della violazione di questo diritto, l'azione da esperire non può essere che quella corrispondente ad esso in particolare”.

¹⁰⁷ E' stato correttamente precisato che, in presenza di una determinata obbligazione contrattuale, il precetto del *neminem laedere* si viene a concretare in essa, con la conseguenza che “al di fuori dell'ambito contrattuale, può ritenersi esistente una responsabilità penale, ma mai un'analogia responsabilità civile”: così, Russo, *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto*, cit., p. 993.

soggetta alla regola dell'art. 2059 c.c., con la conseguenza che la rilevanza del danno non patrimoniale presuppone sempre il reato (secondo l'interpretazione più risalente)¹⁰⁸ e, comunque, resta soggetta alla riserva di legge ivi prevista nonché a tutte le regole che governano la responsabilità aquiliana. Per tali motivi, è stato evidenziato che il suddetto orientamento giurisprudenziale “sembra solo apparentemente deporre per la rilevanza del danno non patrimoniale da inadempimento di un'obbligazione. Senonché, l'azione per danni, secondo la giurisprudenza, presuppone che il fatto di inadempimento costituisca altresì reato, altrimenti, per regola dell'art. 2059 c.c., il danno non patrimoniale non ha alcuna rilevanza. E, quindi, la possibilità di cumulo dell'azione contrattuale con quella extra-contrattuale diventa, nel caso dei danni non patrimoniali, un modo per restringerne l'ambito di tutela ai soli casi previsti dalla legge”¹⁰⁹.

In conclusione, la soluzione adottata dalla giurisprudenza, non solo suscita numerose perplessità dal punto di vista della coerenza dogmatica ed è discutibile nell'impostazione di base, ma non appare neppure idonea a risolvere la questione relativa alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, finendo col riportare tale problematica nelle anguste strettoie dell'art. 2059 c.c. Tali strettoie, viceversa, sono superabili nel momento in cui si verifica che il nostro ordinamento ammette la generale risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento e si lega questa risarcibilità alle regole della responsabilità contrattuale, i cui artt. 1218 e ss. c.c., da soli, possono svolgere un efficace ed esaustivo ruolo per la determinazione quantitativa e qualitativa del danno non patrimoniale risarcibile. D'altro canto, la possibilità di ricorrere all'azione aquiliana per garantire l'adeguato risarcimento al contraente danneggiato è stata pensata dalla giurisprudenza come uno strumento per risolvere problemi di giustizia sostanziale ed evitare palesi incongruità del sistema, in un contesto in cui l'art. 2059 c.c. era relegato ai soli casi di danno morale da reato. Si vedrà quindi, che al termine del travagliato percorso interpretativo subito dall'art.

¹⁰⁸ Di questo avviso, Franzoni, *Il danno alla persona*, Milano, 1995, 597.

¹⁰⁹ Così, Cricenti, *Il danno non patrimoniale*, Padova, 2006, 97; dello stesso avviso, C. Scognamiglio, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, 468 e Ziviz, *La tutela risarcitoria della persona*, Milano, 1999, 461.

2059 c.c., sfociato nella citata svolta giurisprudenziale del 2003, non esistono in realtà ragioni attuali per dover ricorrere all'*escamotage* del concorso o cumulo delle azioni al fine di assicurare al contraente il risarcimento per la compromissione di diritti afferenti alla sua persona, potendo tale risarcimento essere riconosciuto attraverso una doverosa e semplice rilettura dello stesso art. 1218 c.c.¹¹⁰.

2.3. Gli argomenti che devono far propendere per la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento

Le argomentazioni contrarie alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, che si è visto essere sostanzialmente basate su un'interpretazione restrittiva dell'art. 2059 c.c., appaiono in realtà superabili anzitutto proprio alla luce del nuovo orientamento giurisprudenziale affermatosi con riferimento al danno da illecito di cui all'art. 2059 c.c. Sotto questo profilo, può condividersi la posizione di chi ritiene che il nuovo modo di intendere il danno non patrimoniale, ossia la nuova lettura dell'art. 2059 c.c., necessariamente influisce sulla questione della risarcibilità di tale danno quando esso derivi dall'inadempimento di un'obbligazione¹¹¹.

Infatti, la tesi che, in senso innovativo, sostiene il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento, affermando la risarcibilità dei diritti della persona anche quando lesi dalla violazione di obbligazioni, risulta certamente in linea con la suddetta svolta giurisprudenziale del 2003, che, seppur in materia di danno non patrimoniale da fatto ingiusto, valorizza la necessità di una tutela risarcitoria degli interessi inerenti alla persona, implicitamente ricavabile dal riconoscimento costituzionale di cui all'art. 2 Cost. Anzi, la nuova interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., sganciando tale disposizione dagli angusti confini del danno morale da reato ed ampliando così le ipotesi di danni non patrimoniali risarcibili, impone proprio un diverso presupposto di partenza: il danno non patrimoniale da fatto illecito, che appariva di minor estensione rispetto

¹¹⁰ Sul punto, si veda più diffusamente *infra*.

¹¹¹ Di quest'idea, Franzoni, *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, 530; Ponzanelli (a cura di), *Il nuovo danno non patrimoniale*, Padova, 2004, 141 ss.

all'ipotizzato ambito di risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento, è oggi molto più ampio, ricomprendendo ogni ipotesi di lesione ai diritti fondamentali dell'individuo, riconducibile alla tutela dell'art. 2 Cost.

Ne deriva, dunque, che la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento sembra addirittura necessitata dopo la svolta giurisprudenziale del 2003, anche ai fini di quella coerenza ed omogeneità dell'intero sistema risarcitorio, che era stata, all'inizio, utilizzata da parte della dottrina come argomento a sostegno della tesi contraria. Non potrebbe sostenersi, infatti, per coerenza, che la principale esigenza che è stata alla base della rilettura del 2059 c.c. – cioè la necessità di offrire un'adeguata ed effettiva tutela contro la lesione di ogni diritto della persona – venga ad essere poi limitata a seconda della fonte (contrattuale o extracontrattuale) da cui ha avuto origine la lesione. In altri termini, optandosi per la tesi contraria alla risarcibilità di tale tipo di danno, si registrerebbe un clamoroso *vulnus* all'armonicità ed alla ragionevolezza di un sistema che tutelerebbe istanze non patrimoniali solamente se maturate al di fuori di una cornice negoziale.

D'altro canto, la dottrina più sensibile al tema aveva, ancor prima della svolta giurisprudenziale del 2003, sottolineato l'insufficienza del sistema risarcitorio, come tradizionalmente interpretato, rispetto al danno non patrimoniale da inadempimento, ravvisando una lacuna nell'ordinamento giuridico rispetto a tale tipo di danno, che viene spesso considerato giuridicamente irrilevante e che pure può verificarsi in concreto¹¹². In particolare, parte della dottrina¹¹³ aveva già optato per la tesi della risarcibilità rifacendosi ad una esigenza di giustizia sostanziale, anche in considerazione del fatto che sono sempre più numerose le ipotesi di contratti destinati a soddisfare bisogni di svago, di crescita culturale o di divertimento (emblematici sono i contratti di viaggio). Dunque, soprattutto in presenza di questo fenomeno, negare la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dall'insoddisfacimento del bisogno o dell'interesse

¹¹² Petti, *Il risarcimento del danno non patrimoniale e patrimoniale della persona*, Torino, 1999.

¹¹³ Gazzara, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2003.

dedotti in contratto equivarrebbe spesso a lasciare privo di qualsiasi tutela risarcitoria l'interesse del creditore della prestazione.

Ma vi è di più. Un ulteriore argomento assume carattere dirimente ed è quello che poggia sul contenuto normativo dell'art. 1174 c.c.: la tesi che nega la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento si scontra, infatti, non solo con la più recente evoluzione giurisprudenziale, ma soprattutto con la lettera della legge.

Come si è autorevolmente affermato¹¹⁴, il concetto di danno non patrimoniale, inteso quale perdita di utilità personali di vita, insuscettibile di una valutazione economica, si riferisce indifferentemente sia all'ambito della responsabilità contrattuale che extracontrattuale. D'altro canto, se è vero che la prestazione deve avere carattere patrimoniale, ciò non toglie che il contratto possa interferire con momenti della vita del contraente che assumono significato in termini non patrimoniali, con la conseguenza che l'inadempimento di una prestazione patrimoniale può riverberarsi anche su interessi del creditore non suscettibili di valutazione economica¹¹⁵. In quest'ottica, il principale argomento a favore della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento è costituito dalla previsione contenuta nell'art. 1174 c.c.¹¹⁶, in base alla quale l'interesse del creditore può essere anche di natura non patrimoniale. Ciò significa che la mancata corrispondenza tra quanto il debitore fa (o non fa) e quanto il debitore avrebbe dovuto fare (o non fare), in base al contratto, può incidere anche su profili non patrimoniali attinenti alla sfera del creditore ed il fatto che la stessa legge riconosca che pure un interesse meramente morale è idoneo a giustificare l'esistenza di un vincolo obbligatorio, non può non rilevare in

¹¹⁴ C. Scognamiglio, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, p. 470.

¹¹⁵ A titolo esemplificativo, si può riportare il caso del mandato che venga revocato senza giusta causa prima della scadenza: il pregiudizio subito dal mandatario, che comprende anche l'ingiusta valutazione sociale di inaffidabilità circa la propria persona, deve essere risarcito a titolo di danno non patrimoniale da inadempimento.

¹¹⁶ Il complesso contenuto normativo dell'art. 1174 c.c., unitamente al tema dell'incidenza dell'interesse creditorio sulle vicende dell'obbligazione, sono stati oggetto di importanti contributi: si segnalano, tra i tanti, Giorgianni, *Obbligazione (Diritto privato)*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 581; Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 51 ss.; Cian, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, 201 ss.

sede di risarcimento del danno¹¹⁷. Infatti, se il debitore è tenuto a riparare i danni provocati direttamente ed immediatamente dal suo inadempimento, egli sarà tenuto a risarcire anche il danno non patrimoniale ogniqualvolta l'interesse cui era preordinata la prestazione è di natura morale e la perdita sofferta dal creditore si identifica nella sua mancata realizzazione¹¹⁸. In altri termini, il mancato adempimento di un obbligo comporta necessariamente la riparazione di tutti i danni sofferti dal creditore e se questi è portatore di un interesse non patrimoniale (il che è consentito proprio a norma dell'art. 1174 c.c.) il risarcimento deve compensare la lesione di questo interesse; la disposizione in esame, quindi, adeguatamente valorizzata alla luce di un più ampio contesto normativo e dell'attuale panorama giurisprudenziale, contiene già in sé gli estremi idonei a giustificare la rilevanza e la risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale¹¹⁹.

¹¹⁷ Bilotta, *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, in *Giur. It.*, 2001, 1159.

¹¹⁸ In questi termini si esprime Sapiro, *Lesione della sfera psico-affettiva emotiva e responsabilità contrattuale*, in *Giust. civ.*, 1998, 2043.

¹¹⁹ Peraltro, oltre ad essere specificamente prevista nell'art. 1174 c.c., la rilevanza di interessi e valori non patrimoniali nell'ambito dei rapporti contrattuali emerge anche in alcune disposizioni più specifiche. In particolare, la disciplina del rapporto di lavoro subordinato ci presenta due significative norme, l'art. 2087 c.c. e l'art. 2105 c.c., rispettivamente relative all'obbligo del datore di lavoro di provvedere, nell'esercizio dell'impresa, ad assumere tutte quelle misure che siano necessarie a tutelare non solo la salute fisica, ma anche l'integrità psichica e morale del lavoratore e all'obbligo di fedeltà del lavoratore. Qui, l'emergere di interessi che attengono alla sfera della sensibilità della persona, della sua dignità morale è chiaro e dovrebbe tradursi, senza troppe difficoltà, nell'attribuzione, in caso di mancata esecuzione delle predette obbligazioni, del risarcimento dei danni c.d. morali. Su quest'ultimo profilo, soprattutto con riferimento ai recenti risvolti giurisprudenziali, si veda comunque più diffusamente *infra*, cap. 3. Un ulteriore esempio ci viene offerto dall'art. 1256 c.c., secondo il quale – in ipotesi di temporanea impossibilità sopravvenuta della prestazione – il debitore è liberato se l'impossibilità perdura fino a quando il creditore non ha più interesse a conseguire la prestazione, interesse, questo, che ben può avere carattere non patrimoniale (ogni qual volta la stessa prestazione dedotta in obbligazione risponda ad un interesse di questo tipo). Considerazioni analoghe possono essere svolte in tema di riduzione della penale ai sensi dell'art. 1384 c.c., la quale può essere equamente diminuita dal giudice, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento. Del resto, non si vede come, se una parte ha voluto tutelare un proprio interesse non patrimoniale mediante l'imposizione di una cospicua penale in caso di inadempimento della controparte, non si possa tener conto di tale interesse, allorquando si deve valutare l'incidenza di un parziale inadempimento o l'eccessività o meno di una penale di ingente ammontare (va segnalato, tuttavia, che parte della dottrina e la prevalente giurisprudenza tendono ad orientarsi verso la tesi più restrittiva, che esclude la possibilità di valutare l'interesse non patrimoniale della parte, in sede di riduzione della penale: cfr., ad es., Marini, *La clausola penale*, Napoli, 1984; Trimarchi, *Clausola penale*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, 351 ss.; Cass., 21 ottobre 1991, n. 11115; Cass., 23 ottobre 1979, n. 5537; Cass., 21 aprile 1965, n. 699). Alla tutela di interessi non patrimoniali potrebbe considerarsi preordinato, secondo una dottrina minoritaria (cfr., Costanza, *cit.*, p. 130), anche l'art. 1725 c.c., che vieta al mandante di revocare il mandato oneroso a termine prima della scadenza, salvo giusta causa. La *ratio*

E' bene precisare comunque che, affinché gli interessi non patrimoniali assumano rilevanza, occorre che essi abbiano influito sulla stipulazione del contratto e sulla determinazione del suo contenuto¹²⁰. Salvo il caso in cui l'oggetto del contratto sia proprio il conseguimento di un vantaggio non economico (si è fatto prima l'esempio del contratto di viaggio), gli interessi non patrimoniali sono normalmente eventuali ed aggiuntivi rispetto a quelli ordinariamente soddisfatti mediante l'impiego di un determinato contratto, che, nella sua essenza, è di solito uno strumento di autoregolamentazione di interessi patrimoniali. Se così è, la condizione affinché gli interessi non patrimoniali lesi dall'inadempimento possano assumere rilevanza ai fini della determinazione del danno risarcibile, è che essi non siano rimasti confinati nella sfera – imperscrutabile ed irrilevante – dei motivi individuali, ma abbiano in qualche modo avuto ingresso nel contratto, divenendo oggetto della stipulazione, cioè che abbiano influito sull'*an* della stipulazione, sulla determinazione dell'assetto contrattuale, dei suoi termini essenziali, della distribuzione dei rischi (con la conseguenza che in tal caso il danno non patrimoniale che il creditore subisce a seguito dell'inadempimento era anche prevedibile da parte del debitore¹²¹). La soluzione indicata implica ovviamente la necessità di un'indagine volta a verificare caso per caso, quali siano gli interessi che il contratto è destinato a perseguire in concreto. Alcuni Autori, ad esempio, ritengono che “gli strumenti idonei a conferire rilievo ad eventuali interessi non patrimoniali,

della regola – si dice – risiederebbe nell'esigenza di tutelare l'interesse non solo patrimoniale, ma anche morale del mandatario alla conservazione dell'incarico, interesse morale che si identificherebbe nell'interesse a mantenere la propria immagine di persona seria ed affidabile, meritevole della fiducia accordatagli dal *dominus*. Pertanto, il risarcimento dovuto al mandante ex art. 1725 c.c. in caso di revoca senza giusta causa dovrebbe prestare ristoro anche all'eventuale lesione di tale interesse. Sulla scia tracciata dall'impostazione sin qui seguita, l'indagine potrebbe investire la disciplina di diversi rapporti contrattuali (come la locazione, l'appalto, il trasporto) nei quali, accanto agli interessi patrimoniali tipici, possono emergere interessi di natura non patrimoniale che vengono lesi in caso di inadempimento. Sul punto, cfr. anche Sapio, *cit.*, p. 2044.

¹²⁰ Così, anche Costanza, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 128. La suesposta precisazione è necessaria, in quanto, non ritenendosi applicabile la regola di cui all'art. 2059 c.c. ai danni non patrimoniali da inadempimento (v. *infra*, par. 2.4.), va notato come l'individuazione di possibili limiti alla loro risarcibilità (limiti necessari, al fine di evitare una proliferazione ingovernabile di pretese risarcitorie) può fondarsi sulle stesse norme in materia di obbligazione (anche su tale profilo, si veda più diffusamente *infra*).

¹²¹ Sul punto, si veda più diffusamente *infra*, par. 2.6., in materia di applicazione dell'art. 1225 c.c.

saranno quelli consueti mediante i quali si può attribuire rilevanza ad interessi diversi ed ulteriori rispetto a quelli ordinariamente connessi all'adozione di un determinato tipo contrattuale: primo fra tutti, la presupposizione, ma anche la ricerca della causa intesa quale funzione economico-individuale, la ripartizione dei rischi, il canone della buona fede"¹²².

Pertanto, l'art. 1174 c.c. riveste un ruolo fondamentale nella materia del risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento: questa disposizione, ammettendo che l'obbligazione possa corrispondere anche ad un interesse non patrimoniale, fornisce, come visto, un argomento determinante a favore della risarcibilità del danno *de quo* e, imponendo una valutazione caso per caso di quali interessi non patrimoniali debbano considerarsi rilevanti in ciascun contesto contrattuale, consente anche di circoscrivere la risarcibilità di tale danno ai soli interessi che si sono obiettivati nel contratto e che, perciò, siano stati conosciuti dal debitore sin dal sorgere dell'obbligazione¹²³.

Alla luce di quanto sin qui esaminato, si può allora concludere che il danno non patrimoniale può derivare anche dall'inadempimento di un'obbligazione (contrattuale o meno), poiché la distinzione tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale riguarda la natura del pregiudizio e non la sua fonte: così come da un fatto illecito possono derivare danni

¹²² Così, Sapio, *Lesione della sfera psico-affettiva emotiva e responsabilità contrattuale*, cit., p. 2045; cfr. anche Costanza, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, cit., p. 131. Per ciò che concerne, in particolare, il criterio della buona fede, si veda Amato, *Il danno non patrimoniale da contratto*, in *Il nuovo danno non patrimoniale*, a cura di Ponzanelli, Padova, 2004, p. 156, secondo cui "è evidente il ruolo centrale assolto dall'interpretazione del contratto secondo buona fede, ex art. 1366 c.c.: se si evitano le tentazioni cui si presta una concezione della clausola generale di correttezza come fonte di integrazione del contratto e di doveri di protezione, e se si utilizza la buona fede come criterio per dare rilevanza ad interessi individuali adeguatamente obiettivati nel rapporto negoziale, l'interprete sarà in grado di cogliere il significato obiettivo (e non l'intento soggettivo del creditore) dell'intera operazione economica, racchiuso nella funzione economico-individuale dello specifico rapporto". Pertanto, conclude l'Autrice, nel caso di danni non patrimoniali da inadempimento sarebbe riduttivo limitare il risarcimento alla sola lesione di diritti inviolabili della persona, dovendo invece tale risarcimento ristorare le violazioni degli interessi non patrimoniali che sono entrati a far parte del contenuto del contratto. Il problema, quindi, si sposta sul diverso e ben più complesso piano dell'individuazione del contenuto precettivo dell'accordo e della separazione dei motivi individuali irrilevanti dagli interessi leciti e rilevanti: cfr. Scognamiglio, *Interpretazione del contratto e interesse dei contraenti*, Milano, 1992, p. 272 ss. e 367.

¹²³ Sul rapporto tra art. 1174 c.c. e prevedibilità del danno di cui all'art. 1225 c.c., si veda *infra*, par. 2.6.

patrimoniali e non patrimoniali, allo stesso modo quei pregiudizi possono avere fonte in un inadempimento contrattuale. D'altro canto, come era stato autorevolmente sostenuto da un'attenta dottrina già sotto la vigenza del vecchio codice¹²⁴, "se il danno non patrimoniale da inadempimento non viene espressamente escluso dal legislatore, deve presumersi che lo stesso sia consentito o, quantomeno, che la mancata previsione costituisca una dimenticanza, la quale, pertanto, deve essere oggetto di valutazione e non di esclusione *tout court*. Infatti, quando il legislatore ha voluto espressamente escludere o limitare il risarcimento del danno non patrimoniale, tale scelta è stata esplicitata, nei vari ordinamenti, in apposite norme. Premesso che nell'ordinamento giuridico italiano un simile precetto non è rinvenibile in alcuna norma, non si può che propendere per l'ammissibilità del risarcimento del danno in esame".

2.4. La controversa questione del fondamento normativo: la tesi favorevole all'applicazione dell'art. 2059 c.c. Critiche

Il problema della generalizzata risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento nel nostro ordinamento è stato da sempre strettamente correlato a quello dell'individuazione della norma codicistica di riferimento e, dunque, della disciplina applicabile, mancando una disposizione che, in materia di obbligazioni, sia speculare all'art. 2059 c.c. La questione rivestiva particolare importanza soprattutto antecedentemente alla menzionata svolta giurisprudenziale del 2003, in quanto, come si è visto, la tesi tradizionale volta ad escludere o comunque a limitare fortemente il danno non patrimoniale da inadempimento riteneva che il necessario referente normativo dovesse essere individuato nell'art. 2059 c.c.,

¹²⁴ Dalmartello, *Danni morali contrattuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, 53, che costituisce l'unico contributo, sotto la vigenza del Codice Civile del 1865, che affronta in maniera ampia ed organica la materia. D'altro canto, vi sono state anche alcune rare ed isolate sentenze che, già allora, hanno attribuito al creditore, danneggiato dall'inadempimento del contratto, una somma idonea a ristorare la specifica voce di danno non patrimoniale. Si segnala, in particolare, Trib. Milano, 12 giugno 1909, in *Giur. It.*, 1909, I, 1, c. 583 ss., che ha riconosciuto, a carico di uno stabilimento sanitario privato, la responsabilità per colpa contrattuale, del suicidio di un paziente con ritardo mentale – ricoverato in quanto pericoloso a sé stesso - ed ha compreso nei danni liquidati alla famiglia anche quelli morali, peraltro osservando espressamente che non poteva disconoscersi, nel caso di specie, la prevedibilità di questa ipotesi di danno fin dal momento della conclusione del contratto.

utilizzando così l'interpretazione restrittiva di tale norma (considerata applicabile solo in presenza di un danno morale da reato) per escludere di fatto ogni rilievo giuridico al danno non patrimoniale da inadempimento.

Sul punto, si è espressa chiaramente autorevole dottrina degli anni ottanta, secondo cui, stante l'allora vigente lettura dell'art. 2059 c.c., "si tratta preliminarmente di verificare l'estensibilità o meno dell'art. 2059 c.c. all'area della responsabilità contrattuale. Ed invero, se si verifica che questa norma risulta spiegare i suoi effetti anche in quell'area, è certo che lo stesso problema della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento viene a perdere immediatamente quasi tutto il suo smalto per l'ovvia ragione che i casi di inadempimento contrattuale integranti al contempo un'ipotesi di reato non solo sono in numero del tutto modesto, ma vieppiù mostrano scarso significato per l'irrelevante frequenza statistica della loro commissione. E' però altrettanto chiaro che se si riesce a verificare che all'art. 2059 c.c. va semplicemente assegnato il rango di norma di settore che esaurisce la propria sfera di influenza nel campo dell'illecito aquiliano, la questione si presenta del tutto impregiudicata, ed allora occorre esaminare per altra via, precisamente alla luce delle disposizioni direttamente dettate per governare la responsabilità contrattuale (e si allude chiaramente agli artt. 1218 c.c. e ss.), se sia possibile riconoscere che qualora la non esatta esecuzione del rapporto contrattuale dia vita ad un danno non patrimoniale, esso debba essere riparato, salvo ovviamente il limite ricavabile da quanto sancisce l'art. 1225 c.c."¹²⁵.

In altre parole, in special modo prima del *revirement* della Cassazione del 2003, si trattava di valutare che ruolo potesse avere l'art. 2059 c.c. rispetto ai danni che fossero derivati dall'inadempimento di un'obbligazione, essendo chiaro che qualora si fosse sostenuto che l'art. 2059 c.c. è dettato per ogni ambito in cui possono verificarsi danni non patrimoniali, e quindi anche per l'area dell'inadempimento, i danni non patrimoniali contrattuali divengono risarcibili solo qualora l'inadempimento costituisca reato.

¹²⁵ Così, Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 215-216.

Come si è accennato in precedenza, la dottrina tradizionale, a cui vanno ricondotte le posizioni di maggiore ostilità verso il danno non patrimoniale da inadempimento, ha sostenuto che l'art. 2059 c.c., dettato in tema di illecito aquiliano, è analogicamente applicabile all'ipotesi di illecito contrattuale, in quanto norma di chiusura del sistema e disposizione di generale applicazione per tutte le ipotesi di danno non patrimoniale: risulterebbe infatti inconcepibile che il legislatore, nel momento in cui ha adottato una determinata soluzione di un problema così rilevante, come quello concernente il danno non patrimoniale, abbia inteso circoscrivere la medesima soluzione alla sola sfera extra-contrattuale¹²⁶. Più precisamente, è stato affermato che “sebbene l'art. 2059 c.c. sia collocato sotto il titolo dei fatti illeciti, la sua portata non può restringersi alla sfera extra-contrattuale. Altrimenti, il legislatore avrebbe risolto il problema del risarcimento del danno non patrimoniale solo limitatamente alla sfera extra-contrattuale: esso si sarebbe preoccupato di stabilire che, nell'ambito di questa, il danno non patrimoniale è risarcibile in via d'eccezione, impregiudicato lasciando il problema per quanto concerne la diversa sfera contrattuale. In verità, ad una più matura riflessione risulta inconcepibile che il legislatore, nel momento in cui adottava una determinata soluzione di un problema così grave ed annoso, come quello concernente il danno non patrimoniale, intendesse circoscrivere la medesima soluzione alla sfera extra-contrattuale. E' più logico ritenere che esso abbia voluto adottare una soluzione generale, tale da eliminare tutte le precedenti incertezze e discussioni”¹²⁷.

Tuttavia, tale argomentazione appare facilmente superabile se si considera che, viceversa, è proprio la collocazione topografica dell'art. 2059

¹²⁶ Sul punto, si veda anche Bianca, *Diritto Civile, V, La responsabilità*, Milano, 1994, p. 170, secondo cui il fatto che l'art. 2059 c.c. sia dettato nel capo degli atti illeciti non rileva: “la possibile coincidenza degli interessi lesi non consente di giustificare una diversa regola di risarcibilità in dipendenza della fonte contrattuale o extra-contrattuale della loro tutela”. Il danno morale contrattuale, dunque, non può sottrarsi ai limiti posti dall'art. 2059 c.c.

¹²⁷ In questi termini, De Cupis, *Il danno*, Milano, 1979, 127 ss., il quale, sulla base di tali considerazioni, conclude poi per l'irrelevanza giuridica del danno contrattuale non patrimoniale. Circa l'applicabilità dell'art. 2059 c.c. anche in ambito contrattuale, si sono espressi favorevolmente anche Russo, *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto*, in *RTDPC*, 1950, 971; Asquini, *Massime non consolidate in tema di responsabilità nel trasporto di persone*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 9; Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964, 467; sono invece critici Scognamiglio R, *cit.*, 316 e Ravazzoni, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, 224.

c.c. nella disciplina dei fatti illeciti ad assumere un ruolo determinante e a non potersi considerare casuale; del resto, la responsabilità contrattuale è correlata solo alle conseguenze dell'inadempimento e nulla ha a che fare con l'illecito aquiliano e avrebbe avuto perciò maggiore senso inserire una specifica disciplina proprio nella materia delle obbligazioni¹²⁸. E' evidente, cioè, che il legislatore ha voluto regolare nel modo previsto dall'art. 2059 c.c. solo i danni aquiliani, rimettendo la disciplina del danno non patrimoniale da inadempimento alle norme in materia di responsabilità contrattuale. Tra l'altro, milita a favore di tale ricostruzione anche un altro argomento di carattere sistematico. Se si prende in considerazione l'art. 2056 c.c., si nota come il legislatore abbia inteso estendere i criteri di risarcimento del danno contrattuale a quello aquiliano e non viceversa; pertanto, se effettivamente avesse voluto rendere operante la regola di cui all'art. 2059 c.c. al campo contrattuale, avrebbe formulato una simile previsione nella disciplina del contratto, salvo poi richiamarla, mediante l'art. 2056 c.c., in quello della responsabilità aquiliana¹²⁹. Pertanto, anche da un punto di vista sistematico, sembrano sussistere sufficienti ragioni per ritenere che la disposizione di cui all'art. 2059 c.c. copra soltanto l'area extracontrattuale.

Alla luce di quanto detto, si può allora affermare che l'art. 2059 c.c. assume rilievo, ai fini della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, solo nel senso che la sua nuova interpretazione è espressione della tendenza in atto nel diritto moderno di ampliare quanto più possibile la tutela di situazioni giuridiche non patrimoniali e consente in questo modo di rivedere anche la tradizionale impostazione che tendeva ad escludere la risarcibilità di tali situazioni qualora la lesione dei beni afferenti alla persona fosse derivata da un inadempimento. Tuttavia, ai fini dell'individuazione del referente normativo, è preferibile ritenere che la questione del danno non patrimoniale da inadempimento segua regole sue proprie e non possa essere soggetta all'applicazione dell'art. 2059 c.c., che è

¹²⁸ Di questo avviso anche Gazzara, *Il danno non patrimoniale*, cit.

¹²⁹ Così, Bonilini, *cit.*, 230; cfr. anche Franzoni, *Il danno alla persona*, Milano, 1995, 596.

norma incompatibile, per ragioni logiche oltre che sistematiche, con le regole dell'autonomia privata.

2.5. Segue. Necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme in materia di responsabilità contrattuale e applicabilità dell'art. 1218 c.c.

Occorre, dunque, abbandonare la via delle capacità espansive dell'art. 2059 c.c. e verificare se esistano disposizioni che attribuiscono direttamente un rilievo giuridico ad interessi contrattuali non patrimoniali e, quindi, in via mediata, ai danni conseguenti alla loro lesione.

L'attenzione deve essere focalizzata sulla principale norma di riferimento in materia di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni: l'art. 1218 c.c., a tenore del quale "il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno"¹³⁰.

In particolare, assume un significato determinante non solo la collocazione topografica di questa disposizione, apparendo certamente più logico che il legislatore abbia collocato la disciplina della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento nel libro quarto, titolo I, del codice civile; ma soprattutto la formulazione letterale di tale norma, in cui non è rinvenibile alcuna limitazione circa la natura del danno risarcibile. Al contrario, sia l'art. 1218 c.c. sia l'art. 1223 c.c., nell'affermare rispettivamente regole e misure del meccanismo risarcitorio dei danni da inadempimento, non distinguono in fatto di patrimonialità delle lesioni e

¹³⁰ In ordine al problema del fondamento normativo, una posizione particolare è assunta da Cricenti, *Il danno non patrimoniale*, cit., 103, il quale a tal fine distingue tra obbligazioni che già di per sé mirano a soddisfare un interesse di natura non patrimoniale (come il contratto con il medico per una prestazione sanitaria o il contratto di viaggio), e obbligazioni che mirano invece a garantire un interesse patrimoniale dal cui inadempimento può nondimeno derivare un pregiudizio avente natura non patrimoniale (come nel caso della lesione, attuata mediante inadempimento di un'obbligazione, della reputazione commerciale di un imprenditore, anche se non ne segua alcuna diminuzione dei guadagni). Ebbene, secondo l'A., nel primo caso la risarcibilità del danno non patrimoniale è una conseguenza normale e diretta dell'inadempimento e non vi è bisogno né di applicazioni analogiche o estensive dell'art. 2059 c.c., né di un'espressa pattuizione per ritenere che tra i danni di cui la parte insoddisfatta può chiedere il risarcimento rientra anche quello non patrimoniale, essendo questa voce di danno ricompresa nell'ampia formula dell'art. 1218 c.c. Viceversa, "nel caso invece in cui l'obbligazione assunta da una delle parti e rimasta inadempita non è rivolta a soddisfare un interesse di natura non patrimoniale, allora il risarcimento del danno non patrimoniale potrà chiedersi solo se espressamente pattuito".

non contemplano alcuna esplicita restrizione o esclusione in ordine alla risarcibilità del danno contrattuale non patrimoniale¹³¹. Le citate disposizioni fanno, anzi, riferimento a due termini –“danno” e “perdita” – di tipo ampio e generale e quindi di per sé idonei a ricomprendere qualsiasi pregiudizio, sia patrimoniale che non patrimoniale.

Non è invece condivisibile l'interpretazione secondo cui l'art. 1223 c.c., nel parlare di “mancato guadagno” e di “perdita subita”, si riferirebbe al solo danno patrimoniale, non al danno nella sua interezza¹³². Questa affermazione, ancora legata ad una visione “pan-economica” del diritto privato, appare facilmente superabile se si legge l'art. 1223 c.c. in combinato disposto con l'art. 1174 c.c. Come visto in precedenza, il contenuto di tale disposizione costituisce un argomento determinante in ordine alla possibilità di riconoscere, anche nel nostro ordinamento, rilevanza giuridica al danno non patrimoniale da inadempimento. L'art. 1174 c.c., pertanto, assume un significato fondamentale anche nell'ottica della risarcibilità del danno *de quo* nel senso che, se questa norma ammette che l'obbligazione contrattuale possa soddisfare anche interessi non patrimoniali¹³³, non c'è ragione di ritenere che la concreta compromissione di quegli interessi debba rimanere al di fuori dell'ambito di risarcimento. Con la conseguenza che la “perdita” cui si riferisce l'art. 1223 c.c. è non solo quella patrimoniale, ma piuttosto va intesa, in esito al perdurante processo di “personalizzazione” del diritto privato, anche come perdita di carattere non patrimoniale¹³⁴: il contenuto normativo dell'art. 1223 c.c. è

¹³¹ Sono condivisibili, pertanto, le argomentazioni di Bonilini, *cit.*, p. 231, secondo cui gli artt. 1218 e 1223 c.c., parlando genericamente di “danno” e di “perdita subita”, comprenderebbero la privazione di “qualsiasi cosa o vantaggio, e perciò tanto di un bene che può valutarsi pecuniariamente in via oggettiva, quanto di un bene che sfugge a tale caratteristica perché non del mondo economico”. Secondo questo A., l'interpretazione secondo cui il concetto di “perdita” sta per “perdita economica” è solamente “il frutto di un argomento che si tramanda e che può ben dirsi indicatore di una mentalità patrimonialistica che da lungo tempo si è abituati a rintracciare nelle operazioni esegetiche delle nostre norme”.

¹³² Cfr. Ravazzoni, *cit.*, p. 224 e Gazzara, *op. cit.*, p. 48.

¹³³ Sull'idoneità dell'art. 1174 c.c. a giustificare, già di per sé, la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, v. *supra*, par. 2.3. L'art. 1174 c.c., infatti, ammettendo che l'obbligazione possa corrispondere anche ad un interesse non patrimoniale, assume un significato fondamentale nell'ottica della risarcibilità del danno *de quo*.

¹³⁴ Sul punto, v. Di Marzio, *Appunti in tema di locazione e danno esistenziale*, in Cendon, a cura di, *Danno e persona*, Milano, 2004; Bonilini, *cit.*, p. 232, il quale conclude che “l'esecuzione tardiva di un contratto o, a maggior ragione, la totale inadempienza dello

suscettibile di ricomprendere la privazione di qualsiasi vantaggio, anche di natura non economica, in quanto tale norma, letta in combinato disposto con l'art. 1174 c.c., va interpretata in senso estensivo, potendo essa attenersi ad aspetti di danno di tipo non patrimoniale.

Questa doverosa interpretazione espansiva, che consente di superare definitivamente la posizione di chi ravvisa nell'art. 1223 c.c. un ostacolo al risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento fondato sulle norme in materia di responsabilità contrattuale, risulta d'altro canto corroborata anche dalla recente svolta giurisprudenziale del 2003¹³⁵. Infatti, pur volendo ammettere che fosse probabilmente estraneo alla mentalità del legislatore del 1942 il contenuto anche non patrimoniale del danno subito dal creditore insoddisfatto, tuttavia, la formulazione letterale dell'art. 1223 c.c. non è di per sé di ostacolo all'inclusione, nel concetto di "perdita", del danno anche non patrimoniale. Talune disposizioni del codice lasciano, anzi, intravedere una possibilità di ampliamento del concetto di danno da inadempimento contrattuale, soprattutto se lette, anch'esse, alla luce delle recenti acquisizioni del diritto vivente alla nozione stessa di danno non patrimoniale, purché naturalmente questa nozione non sia a sua volta limitata al solo patema d'animo o stato d'ansia transeunte proprio del danno morale soggettivo, ma sia piuttosto agganciata al concetto di interesse non suscettibile di valutazione economica e inerente alla funzione economico-individuale del contratto. La nuova definizione di danno non patrimoniale, dunque, allargata e comprensiva di valori diversi dal semplice turbamento, da poco conquistata nell'area dell'illecito civile, si ricongiunge alla nozione di "interesse anche non patrimoniale" ex art. 1174 c.c., nella quale può quindi trovare cittadinanza il risarcimento di danni diversi dalla perdita

stesso, può certo arrecare, primariamente, una perdita che il creditore non troverà difficoltà a stimare pecuniariamente, ma nessuno può negare che da quello stesso fatto quello stesso creditore può anche ritrarre una perdita non oggettivamente valutabile e conseguente, ad esempio, alla peggiorazione di beni quali la tranquillità o l'onore". Si pensi, ad esempio, ai disagi, di carattere non economico, che possono derivare dalla non esatta esecuzione di contratti quali la vendita e il trasporto.

¹³⁵ Di questo avviso, Amato, *Il danno non patrimoniale da contratto*, in *Il nuovo danno non patrimoniale*, a cura di Ponzanelli, Padova, 2004, p. 152 e ss., secondo cui gli artt. 1223 e 1174 c.c. assumono oggi questo innovativo significato, proprio a seguito della svolta giurisprudenziale del 2003 e, quindi, del nuovo contenuto del danno non patrimoniale.

economica e tuttavia anch'essi ricollegabili all'inadempimento imputabile al debitore.

Da quanto detto, deriva che proprio la nuova interpretazione estensiva inaugurata dalla Corte Costituzionale nel 2003, con riferimento all'art. 2059 c.c., consente di superare ogni perplessità anche circa l'estensione dell'art. 1218 c.c. al risarcimento del danno non patrimoniale. Se, infatti, l'art. 2059 c.c. deve essere interpretato nel senso di comprendere ogni ipotesi di danno non patrimoniale, altrettanto deve accadere per l'art. 1218 c.c., nel senso che tale norma deve essere interpretata in modo da consentire il raggiungimento del maggior risultato possibile in termini di tutela del soggetto leso, dovendo ricomprendere, allora, anche i danni non patrimoniali derivanti da inadempimento. In quest'ottica, si può parlare di una vera e propria necessità di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 1218 c.c., che, come visto, non contiene alcun limite testuale al tipo di danni risarcibili¹³⁶. Detta disposizione, cioè, andrebbe esegeticamente riletta secondo lo stesso processo interpretativo applicato all'art. 2059 c.c.; in tal modo, è possibile individuare già nell'ambito operativo dell'art. 1218 c.c. la risarcibilità non solo dei danni patrimoniali, ma anche dei danni non suscettibili di valutazione economica, consistenti in ogni lesione della sua sfera personale (sotto forma di danno morale, esistenziale, ecc.), in quanto conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento della prestazione patrimoniale¹³⁷.

¹³⁶ Già Bonilini, *cit.*, p. 235, evidenziava come “assodato che il legislatore non ha impedito, nel suo potere di imperio, la possibilità di riparare il danno non patrimoniale da inesecuzione contrattuale, perde di significato chiedersi se nel formulare la disposizione dell'art. 1218 c.c., mirasse effettivamente a ripararlo: ciò che rileva è che si è servito di termini che abilitano a questa conclusione e (...) che per mezzo di un uso accorto di quei termini (...), il giudice possa rendere più conforme a giustizia il trattamento da riconoscere al creditore insoddisfatto”.

¹³⁷ Secondo Petti, *Il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale della persona*, Torino, 1999, 160, che si esprime favorevolmente rispetto alla fattispecie del danno non patrimoniale da inadempimento, vi sono due possibilità per ammetterne la tutela risarcitoria. Si tratta, cioè, o di compiere una “interpretazione evolutiva dell'art. 1218 c.c., considerando nel principio risarcitorio inclusa la voce del danno non patrimoniale che sia conseguenza diretta ed immediata dell'inadempimento e tale proposta ermeneutica ha il pregio di non ravvisare una lacuna del sistema di tutela”. Oppure, si pone il problema di dover sollevare una “eccezione di incostituzionalità dell'art. 1218 c.c., in relazione agli artt. 2, 3, 24 Cost. eventualmente correlati con le norme costituzionali che tutelano i diritti umani, tutte le volte in cui, nel contratto, venga ad essere coinvolto un interesse o

Inoltre, seppur con particolare riferimento all'ambito contrattuale, può essere proposta un'analogia interpretativa espansiva e "costituzionalizzata" anche rispetto alla clausola generale di cui all'art. 1453 c.c., laddove, riconoscendo al contraente non inadempiente, in aggiunta all'azione di adempimento e di risoluzione del contratto, il diritto al risarcimento del danno subito quale conseguenza dell'altrui inadempimento, non viene specificato che si debba trattare di danno patrimoniale. La disposizione sembra quindi consentire, riguardo a quei contratti nei quali la lesione dell'interesse del creditore provochi danni nella sua sfera non patrimoniale, di riconoscere il diritto al risarcimento anche di questo tipo di pregiudizi non economici, se ed in quanto al mancato appagamento dell'interesse alla prestazione si siano sovrapposti: il peggioramento della sua condizione esistenziale, o la sofferenza morale o la lesione all'integrità psico-fisica e, più in generale, il deterioramento della sfera reddituale del medesimo rispetto alla situazione prefigurabile al momento della conclusione del contratto. Una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 1453 c.c. permette, in altre parole, di aprire la strada al risarcimento del danno non patrimoniale del lavoratore, dell'acquirente, del paziente, ecc., indipendentemente dal fatto che tali soggetti siano state vittime di reato e senza necessità di ricorrere alla disposizione dettata in tema di responsabilità aquiliana di cui all'art. 2059 c.c. Più in generale, potrebbe dirsi che il suddetto percorso intrapreso dalla giurisprudenza di legittimità e dalla Consulta consentirà di sostenere che il contraente danneggiato dall'inadempimento possa rinvenire nella disciplina dettata dall'art. 1453 c.c. la fonte della tutela risarcitoria per ogni genere di danno che abbia subito, indipendentemente dal fatto che si tratti di danno patrimoniale o non patrimoniale e purché di tale danno venga ovviamente fornita la prova, secondo la regola generale di cui all'art. 1218 c.c.

Si deve infine evidenziare che anche dopo la svolta giurisprudenziale del 2003 l'inquadramento del danno non patrimoniale da inadempimento nell'art. 1218 c.c., piuttosto che nell'art. 2059 c.c., continua comunque ad

un'attività della persona che rientrano sotto una posizione soggettiva costituzionalmente rilevante".

avere rilievo pratico soprattutto in termini di differente disciplina applicabile.

Anzitutto, nonostante la nuova interpretazione espansiva dell'art. 2059 c.c., non va dimenticato che tale disposizione contiene una regola di tipicità, che, per quanto ora riferibile anche a tutti i valori della persona costituzionalmente protetti, continua a rappresentare un limite imprescindibile di operatività. Pertanto, qualora si assumesse come referente normativo l'art. 2059 c.c., sarebbero operanti sia il limite, ivi previsto, della riserva di legge (per quanto ormai interpretato in senso lato), sia tutte le regole concernenti la responsabilità aquiliana, tra cui quella relativa al termine quinquennale di prescrizione del diritto al risarcimento del danno e quella concernente il riparto dell'onere probatorio, di evidente sfavore per il contraente danneggiato.

Viceversa, la riconduzione della risarcibilità del danno non patrimoniale all'interno del sistema della responsabilità contrattuale – evitando sia il concorso o cumulo delle responsabilità, sia l'applicazione analogica dell'art. 2059 c.c. – consente in primo luogo di estendere il raggio dei danni risarcibili ben oltre i limiti della riserva di legge di cui all'art. 2059 c.c., così da comprendere, oltre ai diritti fondamentali costituzionalmente protetti, tutti quegli interessi e valori inerenti alla persona del creditore (e perciò non patrimoniali), pure meritevoli di tutela in quanto iscritti nella causa del contratto.

Inoltre, ritenendo che già le disposizioni dettate in ambito di rapporto obbligatorio e contrattuale costituiscono un valido fondamento normativo della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, trovano coerente applicazione anche la disciplina sulla diversa distribuzione dell'onere probatorio *ex art.* 1218 c.c., sulla prescrizione decennale del diritto al risarcimento del danno, nonché l'art. 1225 c.c., non rilevante in materia extracontrattuale, il quale esclude la risarcibilità dei danni non dolosamente arrecati quando esulino dall'area della prevedibilità al momento in cui è sorta l'obbligazione.

2.6. Il problema del limite del risarcimento in caso di danni non patrimoniali da inadempimento. Il ruolo fondamentale degli artt. 1174 c.c. e 1225 c.c.

Una volta individuato negli artt. 1218 e ss. c.c. il referente normativo del danno *de qua*, è possibile risolvere in base a queste norme anche la questione dei limiti della sua risarcibilità, in quanto, come si vedrà, le disposizioni dettate in materia di responsabilità contrattuale già contengono i criteri per delimitare il risarcimento del danno (anche) non patrimoniale, senza che a tal fine debba apparire imprescindibile il richiamo all'art. 2059 c.c. e alla riserva di legge ivi contenuta.

Non può dimenticarsi che il problema pratico fondamentale in materia di danno risarcibile è quello della combinazione di due diverse esigenze: da un lato, vi è la necessità di rispondere alle richieste sostanziali di giustizia che esigono una reazione dell'ordinamento anche in chiave risarcitoria quando siano incisi interessi giuridicamente protetti; dall'altro lato, sussiste la necessità di fissare criteri di selezione del danno risarcibile allo scopo di evitare un'eccessiva ed incontrollata espansione dell'area della responsabilità.

Ebbene, nel caso di responsabilità contrattuale, il contemperamento tra l'esigenza di operare una selezione tra le conseguenze pregiudizievoli suscettibili di risarcimento e quelle che rientrano in un'alea di rischio accettabile in relazione all'attività negoziale in atto, viene operato dagli artt. 1174 c.c. e 1223 e ss. c.c. e, soprattutto, dall'art. 1225 c.c. in materia di prevedibilità del danno.

Sulla base di queste considerazioni, ne deriva anzitutto che la risarcibilità degli interessi (anche) non patrimoniali è possibile solo nei limiti della causalità (art. 1223 c.c.), del concorso di colpa del creditore (art. 1227 c.c.) e dell'eventuale esonero della responsabilità per colpa lieve (art. 1229, 1° co., c.c.)¹³⁸. Il principale limite della risarcibilità è comunque

¹³⁸ Per quanto riguarda quest'ultima disposizione, tuttavia, va precisato che i rischi di "impunità" del debitore inadempiente, che abbia violato diritti attinenti alla persona, sono esclusi dalla giurisprudenza, anche costituzionale, che ha con fermezza ricondotto i danni alla persona nell'alveo del secondo comma dell'art. 1229 c.c., secondo cui sono nulli i patti preventivi di esonero o limitazione di responsabilità nei casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico. Così,

costituito, anche per i danni non patrimoniali da inadempimento, dall'art. 1225 c.c., in base al quale il pregiudizio che può essere risarcito è solamente quello che, al momento del sorgere dell'obbligazione, era prevedibile da parte del creditore, purché non si sia in presenza di un inadempimento doloso. La questione non è certamente nuova e, anzi, già sotto il precedente codice civile autorevole dottrina affermava che “argomenti desunti dalla legge, la erroneità delle altre soluzioni e considerazioni di ordine generale confermano, dunque, la tesi che i danni morali sono risarcibili anche in tema di colpa contrattuale, purché siano una conseguenza prevista o prevedibile al tempo del contratto”¹³⁹.

Non vi è dubbio, peraltro, che la questione appare particolarmente delicata proprio se riferita ai danni non patrimoniali, i quali, diversamente da quelli patrimoniali (che costituiscono l'aspetto più evidente della contrattazione), rappresentano un profilo più intrinseco dell'interesse creditorio, con la conseguenza che risulta maggiormente complesso l'accertamento della loro prevedibilità (e quindi, ancor prima, della loro conoscenza) da parte dell'altro contraente. Per tale motivo, parte della dottrina ha evidenziato che la necessaria prevedibilità dei danni non patrimoniali cagionati da comportamento colposo del debitore costituisce in realtà un fattore fortemente limitante non solo del *quantum* del danno risarcibile, ma anche per la stessa individuazione dell'*an* del risarcimento¹⁴⁰.

Tuttavia, queste considerazioni vanno temperate con il fatto che spesso i valori non patrimoniali che vengono in rilievo con il sinallagma contrattuale sono tutt'altro che nascosti e, anzi, possono risultare ancorati a

ad esempio, qualsiasi tentativo del medico, dell'ente ospedaliero o del vettore, diretto ad esonerare o limitare la propria responsabilità mediante apposite clausole negoziali, relativamente ai danni all'integrità psico-fisica o alla vita subito dal paziente o cliente, sarebbe nullo in quanto contrario all'ordine pubblico (C.Cost., 6 maggio 1985, n. 132, in *Foro It.*, 1985, I, c. 1585, che ha dichiarato illegittime, ex art. 2 Cost., le limitazioni di responsabilità per danni alla persona previste dalla Convenzione di Varsavia, in materia di trasporto aereo internazionale).

¹³⁹ Così, Dalmartello, *op. cit.*, 1933, p. 65.

¹⁴⁰ Cfr., ad esempio, Gazzara, *op. cit.*, p. 69. Secondo tale A., per il quale l'art. 2059 c.c. si riferisce esclusivamente all'illecito extra-contrattuale, la questione dei limiti del danno non patrimoniale da inadempimento potrebbe essere risolta subordinandone il risarcimento al presupposto che l'illecito incida su posizioni soggettive costituzionalmente garantite o comunque ritenute meritevoli di protezione secondo una valutazione socialmente tipica e, al limite, alle ipotesi in cui il contratto è destinato a soddisfare in via principale un interesse non economico.

parametri oggettivi ed evidenti. La dottrina più attenta ha affermato che “il punto non è quello di dare rilevanza a stati psicologici o emotivi della vittima. Determinati accordi sottendono interessi non patrimoniali. Ma tale circostanza non deriva affatto da un apprezzamento interiore del creditore”¹⁴¹. Infatti, a volte per l’oggetto della prestazione (ad esempio, un contratto di viaggio), a volte per la sua finalità, altre volte ancora per la diligenza con cui deve essere realizzata la prestazione (ad esempio, lettura del risultato dell’ecografia), entrambe le parti contrattuali sanno perfettamente che l’adempimento è destinato a riflettersi sulla sfera non patrimoniale del creditore. Essendo tale consapevolezza presente sin dal momento della stipulazione del contratto, il danno non patrimoniale suscettibile di derivare dall’inadempimento è, in questi casi, già prevedibile al tempo in cui è sorta l’obbligazione e può dunque essere risarcito a norma dell’art. 1225 c.c. La sussistenza della prevedibilità non è qualcosa da riscontrare in astratto, ma da verificare in relazione agli accordi che sono concretamente intercorsi tra le parti; pertanto, il motivo che ha spinto una di esse a contrarre e che è conosciuto dalla controparte, pur avendo – come noto – un rilievo molto limitato rispetto all’invalidità negoziale, trova invece nuovo spazio sul terreno della prevedibilità del danno non patrimoniale.

D’altro canto, la questione assume maggiore chiarezza se si legge l’art. 1225 c.c. in combinato disposto con l’art. 1174 c.c., in quanto il limite alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, che si ricava dall’art. 1225 c.c., è strettamente correlato al problema dei confini entro i quali può assumere rilievo, a fini risarcitori, l’interesse non patrimoniale del creditore di cui all’art. 1174 c.c. Come si è visto in precedenza¹⁴², il contenuto di quest’ultima norma costituisce un argomento determinante a favore della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento; tuttavia, condizione affinché gli interessi non patrimoniali lesi dall’inadempimento possano assumere rilevanza ai fini della determinazione del danno risarcibile, è che essi abbiano in qualche modo avuto ingresso nel contratto medesimo, divenendo oggetto della stipulazione, ed è proprio

¹⁴¹ Bilotta, *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, cit. p. 1161.

¹⁴² Cfr. *supra*, par. 2.3.

quando ciò accade che diventa prevedibile per il debitore, e dunque risarcibile *ex art. 1225 c.c.*, il danno non patrimoniale subito dal creditore in conseguenza dell'inadempimento.

Più precisamente, come evidenziato da autorevole dottrina¹⁴³, si possono distinguere diverse ipotesi: interessi non patrimoniali la cui lesione si può ricondurre genericamente ed astrattamente ad un certo illecito contrattuale, in base *all'id quod plerumque accidit*; interessi non patrimoniali appartenenti alla sfera interna del creditore ma conosciuti dal debitore; interessi non patrimoniali rientranti nella sfera interna del creditore e non conosciuti dal debitore.

Quanto al primo tipo, può parlarsi di danno non patrimoniale "implicito", riconoscibile, cioè, dalla stessa natura dell'interesse normalmente collegato al contratto posto in essere: esso, perciò, è evidente per il debitore senza alcun preventivo intervento chiarificatore del creditore.

Un classico esempio è quello del servizio fotografico commissionato da due sposi ad un fotografo professionista che, nello sviluppare le foto, commette un errore e le distrugge. E' ovvio che il danno non patrimoniale, in un caso del genere, sarà sempre genericamente ed astrattamente prevedibile, non potendo il fotografo sostenere che non sapeva quale fosse l'importanza che per i due contraenti rivestivano quelle foto: in tale ipotesi, il danno non patrimoniale non è infatti legato ad un mero stato emotivo ed interiore dei due sposi, poiché *per chiunque* si potrebbe affermare che è stato cancellato per sempre il ricordo di un momento importante e soprattutto irripetibile. Al di là di questo caso, vi sono poi anche altre significative ipotesi nelle quali il debitore è a conoscenza del valore non patrimoniale della prestazione che deve eseguire: si tratta dei noti casi in cui il contratto è già di per sé destinato a soddisfare bisogni di svago, di crescita culturale o di divertimento e, più in generale, di tutti i casi ove la prestazione è diretta a soddisfare un interesse non patrimoniale, educativo, ricreativo, ecc. Si pensi, ad esempio, al contratto di viaggio, o all'ecografista che deve diagnosticare eventuali malformazioni del feto, o al contratto di *catering* per l'organizzazione di un importante evento (premiazione,

¹⁴³ Cfr. Bilotta, *cit.*, p. 1161.

matrimonio, ecc.): in tutte queste situazioni, la risarcibilità del danno non patrimoniale è una conseguenza normale e diretta dell'inadempimento stesso, in quanto entrambe le parti contrattuali sanno perfettamente che l'adempimento è destinato a riflettersi su profili non patrimoniali del creditore e tale consapevolezza è presente sin dalla stipulazione del contratto e, pertanto, è sin da quel momento prevedibile a norma dell'art. 1225 c.c. Talvolta, poi, come già evidenziato in precedenza, alcuni valori non patrimoniali legati all'adempimento costituiscono un elemento di presupposizione sotteso alla prestazione. La logica è del tutto simile a quella che permette di attribuire rilevanza ad interessi diversi ed aggiuntivi rispetto a quelli normalmente soddisfatti attraverso l'adozione di un certo strumento contrattuale. Quindi, anche per attribuire rilievo agli interessi non patrimoniali nell'ambito del contratto, i metodi saranno quelli della presupposizione o della ricerca della causa come funzione economico-individuale. Qualora, all'esito dell'interpretazione del contenuto contrattuale compiuta alla luce di tali parametri, risulti che valori non patrimoniali costituiscono un elemento determinante della stessa contrattazione, essi possono essere sicuramente presupposti e quindi conosciuti dal debitore, con la conseguenza che non si porrà alcun problema di risarcibilità del danno colposo.

Una situazione differente da quelle sin qui esaminate si presenta, invece, qualora gli interessi non patrimoniali attengano ad una sfera meramente interiore del creditore e, come tali, non risultino agevolmente conoscibili dal debitore. Si possono allora verificare due ipotesi. Se gli interessi sono espressamente e preventivamente "esternati" dal creditore, essi, una volta usciti dalla sfera interiore del contraente, assumeranno notevole significato per la valutazione complessiva della prestazione, cui potrà pertanto correlarsi una posta risarcitoria attinente anche alla lesione non patrimoniale. Viceversa, qualora i valori non patrimoniali afferenti alla sfera del creditore non vengano esternati e, quindi, non possono essere conosciuti dal debitore, essi rappresenteranno un'area di irrisarcibilità nell'ambito della convenzione. Tornando, così, all'esempio del fotografo, potrebbe darsi il caso che il professionista incaricato del servizio fotografico

sia una persona diversa da quella incaricata dello sviluppo delle rullino. Qualora quest'ultima sia inconsapevole del contenuto delle foto, certamente non potrà essere tenuta a risarcire anche il danno non patrimoniale, poiché, alla luce dell'art. 1225 c.c., il debitore non può prevederlo con chiarezza al momento della stipulazione del contratto¹⁴⁴.

In base a quanto sin qui esaminato, deve concludersi che appare del tutto ingiustificata la preoccupazione di un'eccessiva espansività del danno non patrimoniale da inadempimento, preoccupazione che, come visto, ha costituito una delle ragioni sulla base di cui, o è stata negata del tutto la generalizzata risarcibilità di tale danno, o è stata necessariamente ricondotta entro i limiti della riserva di legge di cui all'art. 2059 c.c. Al contrario, dall'applicazione delle norme in materia contrattuale, deriva che la sottrazione del danno non patrimoniale da inadempimento alla sfera di operatività dell'art. 2059 c.c. non implica il riconoscimento di una sua illimitata risarcibilità, restando essa comunque soggetta alla regola della causalità e del concorso di colpa e, soprattutto, dell'irreparabilità dei danni colposi imprevedibili¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Particolarmente delicata è, tuttavia, la tematica della prova del danno con riferimento alla questione della prevedibilità dello stesso. La dottrina ha evidenziato che, qualora si tratti di danno prevedibile, esso non necessita di una specifica istruttoria finalizzata alla prova, coincidendo, in linea di massima, la prevedibilità con la presunzione di danno. È stato così affermato che “il tema della prevedibilità del danno *ex art.* 1225 c.c. sembra intrecciarsi con quello della prova del danno, dato che una ripercussione esistenziale dell'inadempimento che si consideri prevedibile è al contempo evento dannoso suscettibile di prova presuntiva senza ulteriore necessità di istruttoria” (Serrao, Atti del convegno sul tema “*Il danno esistenziale: traguardo di un percorso tormentato*”, Vicenza, 3-4.10.2003). Tanto precisato, va aggiunto poi che la disciplina è quella tipica della prova contrattuale: il creditore sarà tenuto a provare l'esistenza dell'obbligazione, l'inadempimento, il danno (secondo quanto detto) ed il nesso causale, mentre spetta al debitore fornire la prova dell'assenza di colpa.

¹⁴⁵ Infine, va osservato che accanto a tali limiti legali, l'ordinamento conosce anche strumenti di natura convenzionale, con cui le parti possono delimitare l'ammontare del danno non patrimoniale risarcibile in conseguenza di un inadempimento. In particolare, ci si riferisce allo strumento della clausola penale di cui agli art. 1382-1384 c.c., con cui i contraenti convengono che in caso di inadempimento, il soggetto inadempiente sia obbligato a dare una determinata somma a titolo di risarcimento all'altro contraente. In precedenza (v. par. 2.1., *sub* nota n. 7) si è sottolineato che tale istituto è stato anche utilizzato da taluna dottrina contraria alla generalizzata risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento (cfr. Zeno Zencovich, *cit.*, 87-88) per subordinarne l'ammissibilità ai soli casi di espressa pattuizione delle parti. A ben vedere, però, la funzione della clausola penale è altra. Per mezzo del ricorso a tale strumento, infatti, le parti possono limitare l'entità della somma da liquidare ad un quantum predefinito. La clausola penale, pertanto, potrà essere utilizzata anche come mezzo per limitare convenzionalmente il risarcimento del danno ed anzi la sua funzione “limitante” può assumere un significato fondamentale proprio con riferimento ai danni non patrimoniali.

PARTE SECONDA

**I RISCONTRI GIURISPRUDENZIALI
IN TEMA DI DANNO NON PATRIMONIALE
DA INADEMPIMENTO**

PREMESSA

Tra le più recenti pronunce giurisprudenziali, si nota una significativa apertura volta al riconoscimento della risarcibilità del danno non patrimoniale, lesivo degli interessi inerenti alla persona, a prescindere dalla fonte della lesione: si tratta di sentenze in cui, pur mancando un riconoscimento esplicito della categoria del c.d. danno non patrimoniale da inadempimento, se ne finisce comunque per ammettere, in maniera più o meno consapevole, la risarcibilità.

CAPITOLO TERZO

IL DANNO DA INADEMPIMENTO NEL SETTORE DEL LAVORO

3.1. Il mondo del lavoro come settore privilegiato per il riconoscimento di danni non patrimoniali da inadempimento: natura contrattuale della responsabilità datoriale e rinnovata attenzione per i pregiudizi “esistenziali”

E' nell'area del rapporto di lavoro subordinato che si individuano i più significativi riscontri giurisprudenziali verso un riconoscimento, più o meno consapevole, del danno non patrimoniale da inadempimento.

Una delle ragioni può essere rinvenuta nella stessa tipologia di interessi che risultano coinvolti nello svolgimento della prestazione lavorativa, ove infatti vengono in rilievo non solo aspetti strettamente inerenti alla sfera giuridico-patrimoniale, ma anche aspetti più correttamente riconducibili ad un ambito giuridico-areddituale e che si sostanziano in diritti fondamentali della persona, quali il diritto alla salute, il diritto alla vita di relazione, la dignità morale del lavoratore, il diritto alla realizzazione della propria personalità sul luogo di lavoro¹⁴⁶. E' ovvio, dunque, che in questo contesto assume un ruolo fondamentale l'aspetto non patrimoniale del danno che il lavoratore può subire, con la conseguenza che il diritto del lavoro ha costituito da sempre un settore privilegiato per la creazione di nuove figure di danno non patrimoniale ed un ambito di particolare *favor* giurisprudenziale per il suo riconoscimento¹⁴⁷.

¹⁴⁶ In altre parole, si tratta di rapporti a forte valenza “esistenziale”, nel senso che allo scambio delle prestazioni si accompagna il diretto coinvolgimento del lavoratore come persona e l'esposizione a rischi che possono riguardarne l'incolumità fisica e la personalità morale

¹⁴⁷ In dottrina, ad esempio, si è evidenziato che l'ambiente di lavoro è fonte di rischio e pericolosità non solo per l'integrità fisica del lavoratore ma anche per il diritto alla salute nella sua accezione più ampia, comprendente tutti gli aspetti esistenziali della dimensione uomo: così, Pedrazzoli, *Lesioni di beni della persona e risarcibilità del danno nei rapporti di lavoro*, in *Gior. dir. lav.*, 1995, 2.

Ma vi è di più. Va infatti notato che l'ampliamento della sfera dei danni risarcibili, da quelli di carattere strettamente patrimoniale a quelli di natura non economica, senza che rilevi la fonte (contrattuale o extra-contrattuale) da cui derivano, tende ad andare di pari passo con l'esigenza di offrire una tutela della persona quanto più ampia possibile; questa esigenza, soprattutto nell'ultimo decennio, è stata particolarmente avvertita dalla giurisprudenza proprio nell'ambito del mondo del lavoro, dove si è venuta sviluppando una maggiore sensibilità per i temi legati alla tutela del lavoratore sul luogo di lavoro, che viene valorizzato come uno dei momenti più significativi in cui ciascun individuo ha la possibilità di realizzare la propria personalità.

Prendendo le mosse dall'art. 2087 c.c., che pone esplicitamente a carico del datore di lavoro un obbligo di protezione dell'integrità fisica e della personalità morale del lavoratore¹⁴⁸, nonché dall'art. 2103 c.c., che impone al datore di lavoro di tutelare la professionalità del lavoratore, evitando il c.d. demansionamento o la dequalificazione¹⁴⁹, i giudici hanno

¹⁴⁸ A norma dell'art. 2087 c.c., infatti, *“l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro”*. La dottrina e la giurisprudenza, a fronte dell'assenza di una disciplina civilistica o penalistica che contrasti specificamente le persecuzioni, le vessazioni, gli abusi attuati con sistematicità sul luogo di lavoro e nel tentativo di offrire al lavoratore delle adeguate forme di tutela, hanno proposto letture estensive del danno risarcibile in sede di responsabilità contrattuale, valorizzando così il ruolo dell'art. 2087 c.c. Peraltro, si è affermato che proprio l'art. 2087 c.c. specifica nella materia lavoristica la clausola generale di buona fede, essendo una norma a fattispecie aperta ed essendo espressione di quegli obblighi di protezione in virtù dei quali qualsiasi debitore e creditore sono tenuti ad impedire che nel corso ed a causa del rapporto obbligatorio si producano reciprocamente danni alla persona o alle cose della controparte. Sul punto, cfr. Mazzamuto, *Il mobbing*, cit., 23-37. In ogni caso, la giurisprudenza ha in più occasioni precisato che *“la responsabilità dell'imprenditore di cui all'art. 2087 c.c. non configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva, con la conseguenza che non può desumersi la prescrizione di un obbligo assoluto di rispettare ogni cautela possibile e innominata diretta ad evitare qualsiasi danno, né la responsabilità del datore di lavoro può sussistere ogni volta che un danno sia comunque verificato, occorrendo invece che l'evento sia pur sempre riferibile a sua colpa, per violazione di obblighi di comportamento imposti da norme di fonte legale o suggeriti dalla tecnica, ma concretamente individuati”*: così, Cass., sez. lav., 01.06.2004, n. 10510, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, f. 6; conf. Cass., 14.01.2005, n. 644, *ivi*, 2005, f. 1.; Cass., 25.08.2003, 12467, *ivi*, 2003, f. 7-8.

¹⁴⁹ Secondo l'art. 2103 c.c., *“il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione. Nel caso di assegnazione a mansioni superiori, il prestatore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta e l'assegnazione stessa diviene definitiva, ove la medesima non abbia avuto luogo per*

chiarito che tali obblighi trovano la loro fonte immediata e diretta nel rapporto di lavoro, con la conseguenza che la loro inosservanza, ove sia stata fonte di danni – anche non patrimoniali -, può essere fatta valere dal lavoratore con azione risarcitoria contrattuale, indipendentemente dal fatto che l'inadempimento datoriale integri pure gli estremi di un reato o configuri anche un illecito aquiliano¹⁵⁰.

Va precisato che spesso la giurisprudenza è pervenuta a tali conclusioni ricorrendo alla regola del cumulo o concorso di responsabilità.

In particolare, la Cassazione, accogliendo il principio del concorso di azioni anche in materia di rapporto di lavoro subordinato, ammette che la responsabilità contrattuale del datore di lavoro per violazione degli obblighi di sicurezza imposti dall'art. 2087 c.c. e, in via generale, dagli artt. 1175 e 1375 c.c., si affianchi ad una responsabilità extra-contrattuale per i medesimi fatti materiali (cioè, la mancata predisposizione di misure idonee a preservare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore). Ciò, in quanto si ritiene che la lesione che ne deriva costituisca al contempo inadempimento dell'art. 2087 c.c. e violazione del generico dovere di non ledere l'altrui sfera giuridica¹⁵¹. Il principio pretorio del concorso di responsabilità riconosce, pertanto, a chi è allo stesso tempo creditore di una condotta di protezione e soggetto danneggiato dall'altrui fatto illecito, la facoltà di scegliere la più conveniente tra l'azione *ex contractu* e l'azione *ex delictu* o, addirittura, la possibilità di cumulare i vantaggi di entrambi.

In realtà, come si è già avuto modo di osservare¹⁵², la regola del cumulo appare priva di basi dogmatiche, costituendo piuttosto il frutto del pur meritevole tentativo della giurisprudenza di offrire al danneggiato la massima tutela possibile, soprattutto quando è in gioco la salvaguardia della

sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, dopo un periodo fissato dai contratti collettivi e comunque non superiore a tre mesi. Egli non può essere trasferito da un'unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive. Ogni patto contrario è nullo."

¹⁵⁰ In via generale, cfr., da ultimo, Cass., sez. lav., 14.11.2005, n. 2292, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, f. 7-8, secondo cui "l'azione del lavoratore diretta ad ottenere il risarcimento del danno derivante dall'inadempimento di un obbligo nei suoi confronti imposto dalla legge al datore di lavoro è azione contrattuale regolata dagli artt. 1218 ss. c.c."

¹⁵¹ Si vedano, tra le tante: Cass., 20.06.2001, n. 8381, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, f. 6; Cass., 20.01.2000, n. 602, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, f. 1; Cass., 20.10.1995, n. 11120, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, f. 10; Cass., 08.04.1995, n. 4078, in *Notiz. giur. lav.*, 1995, 885

¹⁵² Cfr. *supra*, capitolo 2, par. 2.2

sua integrità psico-fisica. In ogni caso, la pur non condivisibile impostazione giurisprudenziale consente di verificare come, in materia di rapporto di lavoro, la Cassazione giunga, proprio per tale via, ad ammettere di fatto la configurabilità e la risarcibilità anche dei danni non patrimoniali derivanti da un inadempimento (in questo caso, del datore di lavoro).

Così, la Suprema Corte, dopo aver affermato che “sul datore di lavoro gravano sia il generale obbligo di *neminem laedere* espresso dall’art. 2043 c.c. (la cui violazione è fonte di responsabilità extra-contrattuale), sia il più specifico obbligo di protezione dell’integrità psico-fisica del lavoratore sancito dall’art. 2087 c.c. ad integrazione *ex lege* delle obbligazioni nascenti dal contratto di lavoro (la cui violazione è fonte di responsabilità contrattuale), precisa che “conseguentemente, il danno biologico – inteso come danno all’integrità psico-fisica della persona in sé considerato – può in astratto conseguire sia all’una, sia all’altra responsabilità”¹⁵³. Allo stesso modo, è stato precisato che “l’obbligo previsto dall’art. 2087 c.c., la cui violazione determina una responsabilità contrattuale che concorre con quella extracontrattuale, non è limitato al rispetto della legislazione tipica della prevenzione, ma (come si evince da una interpretazione della norma in aderenza ai principi costituzionali e comunitari) implica anche il divieto di comportamenti commissivi lesivi dell’integrità psico-fisica del lavoratore. Tali comportamenti, in quanto caratterizzati da colpa o dolo ed attuati durante l’orario dell’attività lavorativa, sono perciò fonte di responsabilità contrattuale per inosservanza della norma anzidetta, oltre ad integrare violazione dei doveri di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.”¹⁵⁴.

In altri termini, nel tentativo di offrire al lavoratore una tutela quanto più ampia possibile, si riconduce la responsabilità datoriale non solo all’art. 2043 c.c., ma anche alla violazione degli obblighi contrattuali stabiliti dall’art. 2087 c.c., riconoscendo al prestatore di lavoro il risarcimento del pregiudizio subito indipendentemente dalla sua natura, che, se di tipo non economico, costituisce chiaramente un’ipotesi di danno non patrimoniale da

¹⁵³ Cass., sez. lav., 21 dicembre 1998, n. 12763, in *Notiziario giur. lav.* 1999, 184

¹⁵⁴ Così, Cass., sez. lav., 17 luglio 1995, n. 7768, in *Mass. Giur. Lav.*, 1995, 561

inadempimento. I giudici, peraltro, pur senza soffermarsi sulle diverse teorie concernenti la controversa questione del fondamento normativo, mostrano di considerare come referente normativo del danno non patrimoniale da inadempimento l'art. 1218 c.c., nel momento in cui affermano che “la necessità della colpa – che accomuna la responsabilità contrattuale a quella aquiliana – va nella specie coordinata con il particolare regime probatorio della responsabilità contrattuale che è quello previsto dall'art. 1218 c.c., sicché grava sul datore di lavoro l'onere di provare di aver ottemperato all'obbligo di protezione in argomento, mentre il lavoratore deve provare sia la lesione all'integrità psico-fisica, sia il nesso di causalità tra tale evento dannoso e l'espletamento della prestazione lavorativa”¹⁵⁵.

In sostanza, dunque, passando attraverso la regola del concorso di azioni, la giurisprudenza ha ritenuto che le diverse ipotesi di illeciti datoriali fossero riconducibili non solo nell'ambito dell'art. 2043 c.c., ma anche nella sfera di operatività dell'art. 2087 c.c.; una norma, quest'ultima, chiamata in causa in una variegata serie di casi di danni non patrimoniali, in quanto reputata il più ampio riferimento normativo per la tutela della personalità del prestatore di lavoro. A tal riguardo, appare opportuno evidenziare sin da ora come, proprio utilizzando il disposto dell'art. 2087 c.c., i giudici abbiano riconosciuto la responsabilità contrattuale del datore di lavoro non solo in caso di comportamenti da quest'ultimo materialmente posti in essere a danno del lavoratore, ma anche quando l'inadempimento del datore sia consistito nel fatto di non aver tutelato il lavoratore a fronte di comportamenti lesivi posti in essere sul luogo di lavoro da parte degli altri lavoratori. E' stato infatti affermato che “ai sensi dell'art. 2087 c.c. il datore di lavoro, essendo tenuto a garantire l'integrità psico-fisica dei propri dipendenti e, quindi, a impedire e scoraggiare con efficacia contegni aggressivi e vessatori da parte di preposti e responsabili nei confronti dei rispettivi sottoposti, è responsabile del danno biologico derivato alla lavoratrice da molestie sessuali e morali di un capoturno e dalla adibizione

¹⁵⁵ Cass., sez. lav., 21.12.1998, n. 12763, cit. In senso conforme, v. anche Cass., 05.02.2000, n. 1307, in *Giust. Civ.*, 2001, I, 664. Sulle conseguenze in ordine alla ripartizione dell'onere probatorio, derivanti dall'inquadramento delle condotte datoriali all'interno della responsabilità contrattuale, si veda più diffusamente *infra*, par. 3.3., in tema di *mobbing*.

della stessa da parte di quest'ultimo a luogo di lavoro di ridotte dimensioni ed isolato"¹⁵⁶.

Quanto, poi, alle tipologie di danni considerati risarcibili a norma degli artt. 2087 c.c. e 2103 c.c., la giurisprudenza ha iniziato, già dalla metà degli anni ottanta e superando così una più risalente impostazione contraria¹⁵⁷, a ritenere che i comportamenti di inadempimento datoriale potessero essere fonte anzitutto di un danno biologico, di cui il datore di lavoro è stato chiamato a rispondere in via contrattuale; in effetti, in ambito gius-lavoristico, "per il danno biologico, da anni la giurisprudenza consolidata ne afferma la risarcibilità anche se il pregiudizio trovi causa soltanto in un inadempimento contrattuale"¹⁵⁸. Comunque, come si vedrà più avanti, non vi è dubbio che la categoria di danno non patrimoniale destinata ad avere maggiore applicazione nell'ambito del mondo del lavoro è attualmente rappresentata dal danno derivante dalla compromissione delle c.d. attività realizzatrici della persona, quel pregiudizio, cioè, che parte della giurisprudenza identifica con la locuzione di "danno esistenziale"¹⁵⁹. Infatti, pur se solo in pronunce più recenti, anche il danno esistenziale, che ha visto una privilegiata diffusione proprio nell'ambito dei rapporti di lavoro, è stato considerato risarcibile a norma dell'art. 2087 c.c. e, dunque, sempre a titolo di responsabilità contrattuale. E' stato così precisato che "l'elaborazione del danno esistenziale, come autonoma categoria di danno alla dignità della persona e alla qualità della vita, riceve poi dal diritto del lavoro ulteriori

¹⁵⁶ Trib. Torino, 16.11.1999, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 720.

¹⁵⁷ In un primo momento, la giurisprudenza, tradizionalmente ostile ad ammettere la configurabilità del danno non patrimoniale da inadempimento, aveva ricondotto il risarcimento del danno biologico derivante da illeciti datoriali nell'ambito della responsabilità extracontrattuale: cfr., ad esempio, Cass., 26.11.1984, n. 6134, in *Riv. giur. lav.*, 1985, II, 689 ss. Tuttavia, tale atteggiamento è stato subito dopo superato già a partire da Cass., 25.5.1985, n. 3212, in *Riv. giur. lav.*, 1986, II, 202, che ha individuato nell'art. 2087 c.c. e, quindi, nella responsabilità contrattuale del datore di lavoro, la fonte del risarcimento del danno biologico.

¹⁵⁸ Così, Trib. Pinerolo, 3 marzo 2004, n. 119. Per la prima dottrina al riguardo, cfr. Scognamiglio, *Danno biologico e rapporto di lavoro subordinato*, in *Arch. dir. lav.*, 1997, n. 5, 1; Pera, *Considerazioni problematiche sul danno biologico con particolare riguardo al rapporto di lavoro*, in *Giust. Civ.*, 1998, II, 84.

¹⁵⁹ Sulle problematiche sollevate da tale controversa voce di danno, v. *supra*, par. 1.5. In ogni caso, al di là della questione terminologica, se si identifica il danno esistenziale con la compromissione delle attività realizzatrici della persona e se il lavoro è il luogo ove tali attività realizzatrici trovano la principale fonte di applicazione, non vi è dubbio che numerosi aspetti del mondo del lavoro assumono implicazioni anche non patrimoniali, la cui lesione deve essere considerata meritevole di un eventuale risarcimento del danno.

elementi di sostegno tanto in base all'art. 41 Cost., che impedisce all'attività di impresa di ledere la dignità umana, tanto in virtù della clausola generale di cui all'art. 2087 c.c., che fa carico al datore di lavoro di tutelare, nell'esecuzione del rapporto contrattuale, non solo l'integrità fisica, ma anche la personalità morale del lavoratore"¹⁶⁰.

Da quanto detto sino ad ora, dunque, emerge un dato di fondamentale importanza, ai fini dell'analisi che si sta svolgendo: si può notare, cioè, come proprio il settore del lavoro si sia rivelato un terreno fertile sia sotto il profilo dello sviluppo di nuove figure di danno non patrimoniale, ed in particolare del c.d. danno esistenziale, sia sotto il profilo del riconoscimento di danni non patrimoniali derivanti da un comportamento inadempiente (del datore di lavoro). In quest'ottica, l'art. 2087 c.c. ha costituito una vera e propria valvola di accesso alla tutela dei danni non patrimoniali (siano essi danni da lesione all'integrità psico-fisica, danni morali soggettivi, danni da compromissione della personalità del lavoratore) e ha consentito la riconduzione di tali pregiudizi alla sfera della responsabilità contrattuale del datore di lavoro¹⁶¹.

Come si diceva, significativa è stata, a tal fine, l'opera compiuta dalla più recente giurisprudenza che ha, da un lato, tentato di tipizzare, all'interno dell'ampia formulazione degli artt. 2087 c.c. e 2103 c.c., alcuni illeciti datoriali più frequenti (*mobbing*, demansionamento, dequalificazione professionale, illegittimo licenziamento, ecc.) e, dall'altro lato, ha

¹⁶⁰ Così, Trib. Ravenna, sez. lav., 04.02.2003.

¹⁶¹ La dottrina favorevole alla configurabilità del danno non patrimoniale da inadempimento evidenzia come l'art. 2087 c.c. sia una norma aperta e pertanto possa, in combinato disposto con i precetti costituzionali, tutelare gli aspetti esistenziali che riguardano i lavoratori. In altri termini, "qualunque condotta datoriale che vada a ledere la dignità e la libera esplicazione della personalità del lavoratore e che si traduca in situazioni relazionali di segno negativo a seguito di condotte vessatorie, persecutorie, discriminatorie, va considerata come inadempimento all'obbligo contrattuale sancito dall'art. 2087 c.c." (così, Cimaglia, *cit.*, p. 101). Più in generale, è stato anche affermato che laddove l'obbligazione abbia ad oggetto la soddisfazione di un interesse avente una diretta rilevanza sul piano della realizzazione personale del creditore, come nel caso dell'obbligo legale gravante sull'imprenditore di tutelare l'integrità morale del lavoratore, possa considerarsi applicabile anche in ambito contrattuale il modello del danno esistenziale (in questi termini, Ziviz, *L'evoluzione del sistema di risarcimento del danno: modelli interpretativi a confronto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 61 ss. e 100). In tal caso, perciò, la base giuridica di riferimento è rappresentata da "un'applicazione analogica degli artt. 1218 e 1223 c.c. in relazione ai danni non patrimoniali che derivano dalla lesione dei diritti costituzionali alla salute, nonché alla dignità umana" (così, Nogler, *cit.*).

considerato tali condotte come idonee a produrre diverse tipologie di danni non patrimoniali (moralì, biologici o esistenziali), il cui risarcimento è stato riconosciuto sulla base delle regole della responsabilità contrattuale.

E' opportuno, a questo punto, procedere ad un esame delle principali condotte di inadempimento datoriale individuate in sede giurisprudenziale; si analizzeranno, per ognuna di esse, le diverse tipologie di pregiudizi che possono derivare al lavoratore¹⁶² e si verificherà concretamente come la giurisprudenza, di merito e di legittimità, abbia più o meno consapevolmente riconosciuto in questi casi il risarcimento di danni non patrimoniali da inadempimento.

3.2. Il *mobbing* quale fonte di danno non patrimoniale da inadempimento nella recente giurisprudenza

Una delle più frequenti e note condotte illecite che sono state individuate come fonte di danni non patrimoniali per il lavoratore e, quindi, come corrispondenti fonti di responsabilità contrattuale per il datore di lavoro, è rappresentata dal *mobbing*¹⁶³. Con questa nozione, allo stato

¹⁶² E' bene precisare che un conto è il tipo di danno e un conto è la condotta da cui quel pregiudizio viene prodotto. Così, ad esempio, in tema di *mobbing*, esso esprime un comportamento vessatorio sul lavoro, al quale viene poi ricollegata una conseguenza dannosa non patrimoniale; ciò, tuttavia, non significa che il *mobbing* sia un danno, ma che dal fenomeno del *mobbing* possa derivare un danno. Quest'ultimo, poi, potrà essere ricondotto alle usuali categorie del danno morale (ad esempio, in caso di sussistenza di fattispecie di reato), del danno biologico (come nell'ipotesi di insorgere di patologie depressive) o del c.d. danno esistenziale (per la compromissione delle attività realizzatrici). Allo stesso modo, con riferimento, ad esempio, al fenomeno del demansionamento, potranno certamente essere individuate lesioni di carattere non patrimoniale; anche esse, tuttavia, dovranno essere distinte (nei loro effetti esistenziali o biologici) dal fatto *ex se*.

¹⁶³ In dottrina, sulla problematica del danno da *mobbing*, si vedano *ex multis*: Ascenzi - Bergagio, *Il mobbing*, Torino, 2000; Banchetti, *Il mobbing*, in *Trattato breve dei nuovi danni*, Cendon (a cura di), Padova, 2001, 2080; Bona-Oliva, *Nuovi orizzonti nella tutela della personalità dei lavoratori: prime sentenze sul mobbing e considerazioni alla luce della riforma Inail*, in *Danno e resp.*, 2000, 4, 403; Carlomagno, *Il mobbing danneggia l'esistenza*, in *Lav. Giur.*, 2002, p. 938; Caccamo, *Mobiglia, Mobbing: tutela attuale e recenti prospettive*, in *Dir. prat. Lav.*, 2000, n. 18; Cimaglia, *Riflessioni su mobbing e danno esistenziale*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, II, p. 91 ss.; Denari, *La responsabilità diretta e personale nel danno da mobbing*, in *Lav. prev.oggi*, 2000, 5; De Angelis, *Interrogativi in tema di danno alla persona del lavoratore*, in *Foro It.*, 2000, I, p. 1554 ss.; Dubini, *Il mobbing: forma illecita di violenza psicologica*, in *Igiene sic. lav.*, 2000, 10, 523; Ege, *Mobbing. Che cos'è il terrore psicologico sul posto di lavoro*, Bologna, 1996; Fodale, *La valutazione del danno da mobbing*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, 116; Foglia, *Danno da mobbing nel rapporto di lavoro: prime linee di sviluppo giurisprudenziale*, in *Dir. e Lav.*, 2000, II, 3 ss.; Gottardi, *Mobbing non provato e licenziamento per giusta causa*, in *Guida lav.*, 2000, n. 4, 25 ss.; Greco, *Danno esistenziale e risarcimento da mobbing*, in *Riv. crit. dir. lav.*,

ancora priva di una definizione legislativa¹⁶⁴, si è soliti indicare il fenomeno di maltrattamenti sul lavoro, consistenti in condotte vessatorie reiterate e durature, individuali o collettive¹⁶⁵, che vengono rivolte nei confronti di uno o più lavoratori da parte di colleghi (c.d. *mobbing* orizzontale) e/o da parte dei superiori gerarchici (c.d. *mobbing* verticale)¹⁶⁶. Accanto a queste ipotesi,

2001, p. 411; Lazzari, *Il mobbing fra norme vigenti e prospettive di intervento legislativo*, in *Riv. giur. lav.*, 2001, 59 ss.; Martina, *Nuovi danni nell'ambito del rapporto di lavoro: breve rassegna di giurisprudenza*, in *Dir. e Lav.*, 2003, p. 915; Matto, *Il mobbing fra danno alla persona e lesione del patrimonio professionale*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, 4, 491; Mazzamuto, *Il mobbing*, Milano, 2004; Meucci, *Considerazioni sul mobbing*, in *Lav. prev. oggi*, 1999, 1953; Nisticò, *Mobbing o pregiudizio alla personalità morale?*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 327 ss.; Nogler, *Danni personali e rapporto di lavoro: oltre il danno biologico?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, p. 287 ss.; Nunin, *Mobbing: onere della prova e risarcimento del danno*, in *Lav. Giur.*, 2000, 835; Oliva, *Mobbing: quale risarcimento?*, in *Danno e resp.*, 2000, 1, 27; Pizzoferrato, *Mobbing e danno esistenziale: verso una revisione della struttura dell'illecito civile*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 304; Santoro, *Mobbing: la prima sentenza che esamina tale fenomeno*, in *Lav. Giur.*, 2000, 360 ss.; Tullini, *Mobbing e rapporto di lavoro, una fattispecie emergente di danno alla persona*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 251 ss.; Viscomi, *Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ed effetti*, in *Lav. dir.*, 2002, I, 45.

¹⁶⁴ Sino ad ora, infatti, sono state elaborate soltanto alcune proposte di legge volte ad individuare gli elementi giuridici costitutivi del *mobbing*: cfr., ad es., d.d.l. n. 4265/1999; d.d.l. n. 6410/1999; d.d.l. n. 1813/1996. Si segnalano, poi, i d.lgs. del 9.7.2003, nn. 215 e 216, che recepiscono rispettivamente le direttive comunitarie n. 2000/43 (sull'attuazione della parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, al fine di evitare discriminazioni) e n. 2000/78 (sull'attuazione della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione, dall'età e dall'orientamento sessuale per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro). Infine, era stata emanata dalla Regione Lazio la legge 11.07.2002 n. 16, che esplicitamente faceva riferimento alla fattispecie del *mobbing*, fornendone una definizione e prevedendo disposizioni volte a prevenire e contrastare fenomeni di vessazioni sul lavoro; tuttavia, tale legge regionale è stata dichiarata costituzionalmente illegittima da C.Cost. 19.12.2003, n. 359 (in *Foro It.*, 2004, I, 1692), per violazione del riparto di competenze normative tra Stato e Regioni. La Consulta ha ritenuto che la disciplina del *mobbing* rientri, per un verso, nell'"ordinamento civile" che l'art. 117, II co., lett. I, Cost. riserva alla competenza legislativa esclusiva dello Stato e, per altro verso, che rientri nella "tutela e sicurezza del lavoro" e nella "tutela della salute" che l'art. 117, III co., Cost., attribuisce alla competenza legislativa concorrente tra Stato e Regioni.

¹⁶⁵ In dottrina, evidenzia la necessità di non poter limitare il concetto di *mobbing* ad un fenomeno esclusivamente collettivo, Ege, Commento a Trib. Como 22.05. 2001, in *Lav. Giur.*, 2002, I, 76 ss.

¹⁶⁶ L'origine terminologica del *mobbing* è il verbo inglese "to mob" (assalire in massa, circondare), utilizzato per descrivere un fenomeno presente nel mondo animale e consistente nell'aggressione, da parte del gruppo, nei confronti di singoli individui. Già sotto il profilo terminologico, dunque, la nozione di *mobbing* è strettamente correlata con elementi riconducibili a forme di violenza, di discriminazione e di persecuzione, finalizzati all'emarginazione di un soggetto. Peraltro, come è stato evidenziato (cfr. Mazzamuto, *Il mobbing*, cit., 1), "l'etimo risalirebbe al latino *mobile vulgus*, la sommossa di popolo senza capi. E' sinonimo, oggi, dagli incerti contorni, di pratiche vessatorie, persecutorie e financo espulsive ai danni del lavoratore, comunque originatesi nel suo ambiente di lavoro". Inoltre, va segnalata la recente tendenza ad utilizzare il concetto di *mobbing* non più solo con riferimento alle pratiche vessatorie poste in essere nel mondo del lavoro, bensì anche per definire comportamenti aggressivi che possono manifestarsi all'interno della sfera della famiglia. Si afferma, infatti, che il *mobbing*, dovendosi identificare in una strategia

si collocano poi le forme di *mobbing* ascendente, posto cioè in essere dai lavoratori nei confronti del datore di lavoro, e le forme di vessazioni realizzate nell'ambito di una precisa strategia aziendale e finalizzate a provocare le dimissioni del lavoratore (si tratta del c.d. *bossing*).

E' anche alla luce del suo contenuto estremamente variegato¹⁶⁷, che autorevole dottrina ha fornito un definizione di *mobbing* idonea a ricomprendere sia l'aspetto descritto dalla condotta vessatoria, sia le conseguenze che ne possono derivare per la vittima, ritenendole elemento imprescindibile per la verifica della sussistenza stessa del fenomeno in esame. Il *mobbing* è stato così definito come "una situazione lavorativa di conflittualità sistematica, persistente ed in costante progresso, in cui una o più persone vengono fatte oggetto di azioni ad alto contenuto persecutorio da parte di uno o più aggressori in posizione superiore, inferiore o di parità, con lo scopo di causare alla vittima danni di vario tipo e gravità. Il mobbizzato si trova nell'impossibilità di reagire adeguatamente a tali attacchi e a lungo andare accusa disturbi psico-somatici, relazionali e dell'umore che possono portare anche ad invalidità psico-fisiche permanenti di vario genere e percentualizzazione"¹⁶⁸.

Anche la giurisprudenza, nel tentativo di individuare il contenuto ed i confini di questa fattispecie, caratterizzata ancora da incerti connotati giuridici sul piano delle forme e delle modalità attuative, ha cercato di definire le caratteristiche essenziali che contraddistinguono il *mobbing* da altre condotte variamente lesive del lavoratore e, assumendo il consueto

vessatoria lesiva della dignità di un individuo nella propria comunità di appartenenza, consente di evidenziare la determinazione di interessi esistenziali in relazione ad uno *status*, non solo nella comunità di lavoro ma anche nella famiglia. Si parla così, in quest'ultimo caso, di "*mobbing familiare*". Sul punto, si vedano le riflessioni di Mariggiò, *Interessi esistenziali e mobbing*, in *Danno e Resp.*, 2007, f. 3, p. 237 ss.

¹⁶⁷ Poiché il *mobbing* è privo di una precisa connotazione giuridica e di una definizione legislativa, lo sforzo in atto nel dibattito scientifico è anche quello di definire i contorni sociologici del fenomeno quale necessaria premessa per una tipizzazione che circoscriva vere e proprie strategie di persecuzione ed esclusione del lavoratore, sia ai fini del varo di una disciplina *ad hoc* in sede legislativa, sia ai fini di un utilizzo uniforme dei dati normativi disponibili da parte della giurisprudenza. "E' evidente, infatti, che un indiscriminato ricorso alla figura del *mobbing* per ogni tipo di conflitto nato in ambiente lavorativo produce generalizzazioni e confusioni tassonomiche": così, Mazzamuto, *Il mobbing*, cit., 5. Si è ritenuto, allora, di poter rintracciare, alla base delle diverse definizioni che gli studiosi danno del *mobbing*, un minimo comune denominatore nei seguenti elementi: il luogo di lavoro, l'intenzionalità, la sistematicità e la finalità espulsiva.

¹⁶⁸ Così, Ege, *Mobbing. Che cos'è il terrore psicologico sul posto di lavoro*, Bologna, 1996

ruolo di tipizzazione giuridica, ha compiuto una classificazione di alcune ipotesi sintomatiche dell'emergente fenomeno delle vessazioni sul lavoro. Va segnalato, comunque, che l'elaborazione giurisprudenziale al riguardo è relativamente recente, a differenza di altri paesi europei, in quanto è solo alla fine degli anni novanta che risalgono le prime pronunce di merito¹⁶⁹, mentre è solo del 2000 la prima sentenza della Cassazione che si è occupata del tema¹⁷⁰.

Dall'analisi della produzione giurisprudenziale, si ricava che al fine della configurabilità del *mobbing* è anzitutto necessario un comportamento vessatorio reiterato nel tempo. Si è affermato, infatti, che “i caratteri identificativi del fenomeno del *mobbing* sono rappresentati da una serie ripetuta e coerente di atti e comportamenti materiali che trovano una *ratio* unificatrice nell'intento di isolare, di emarginare e fors'anche di espellere la vittima dall'ambiente di lavoro; si tratta quindi di un processo, o meglio di una *escalation*, di azioni mirate in senso univoco verso un obiettivo predeterminato”¹⁷¹. Dunque, per potersi parlare di vessazioni sul lavoro è necessario che vi sia una condotta sostanzialmente aggressiva, persecutoria e progressiva e che, quindi, si protragga per un certo lasso di tempo¹⁷².

¹⁶⁹ Si segnalano: Trib. Milano, 9.5.1998; Trib. Torino, 16.11.1999, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 102 ss., la quale costituisce la prima decisione giurisprudenziale che considera espressamente il fenomeno del *mobbing*. Infatti, benché in passato la giurisprudenza non abbia mancato di sanzionare singole condotte di fatto mobbizzanti, è la sentenza del Tribunale Torino che, superando la precedente impostazione frammentaria, “apre le porte del diritto al *mobbing* come fenomeno unitario” (così, Bona-Oliva, cit., 411). In particolare, il Tribunale affronta il caso di una lavoratrice che lamenta di essere stata vittima di una serie di atti persecutori da parte del suo diretto superiore, quali molestie sessuali, confinamento in una postazione di lavoro angusta, pratiche di isolamento degli altri colleghi, ingiurie ed offese; la strategia persecutoria aveva dapprima cagionato alla lavoratrice una patologia psichica temporanea e, in seguito, l'aveva indotta a dimettersi. Tra le prime pronunce di merito, cfr. anche Trib. Torino, 11.12.1999, in *Foro It.*, 2000, 1554 ss.; Trib. Forlì, 15.05.2001; Trib. Pisa, 25.7.2001; Trib. Pisa, 3.10.2001.

¹⁷⁰ Cass., 08.01.2000, n. 143, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, f. 1.

¹⁷¹ Trib. Torino, 28.1.2003, in *Giur. Piem.*, 2003, 92. Il carattere progressivo delle condotte mobbizzanti è stato riassunto dal c.d. modello Leymann, che individua quattro fasi in cui si estrinseca il fenomeno del *mobbing*: conflitto quotidiano; inizio del terrorismo psicologico; abusi della direzione del personale; espulsione.

¹⁷² In dottrina, viene allo stesso modo precisato che l'elemento temporale è essenziale ai fini della sussistenza del *mobbing*, nel senso che “senza reiterazione nel tempo non può parlarsi di *mobbing*, ma, eventualmente, di un conflitto sul lavoro di altro genere”: così, Banchetti, cit., 2079. In giurisprudenza, si veda anche Trib. Cassino, 18.12.2002, in *Jus*, 2003, 993, secondo cui “il *mobbing* rappresenta quel fenomeno di violenza morale posto in essere nei confronti del lavoratore per un apprezzabile lasso di tempo da uno o più soggetti, colleghi o superiori, mediante una serie di soprusi e condotte tese all'emarginazione, umiliazione e svalutazione dell'immagine e dell'attività lavorativa. Tale condotta è illecita

Tanto che è stato precisato che “costituiscono prova di *mobbing*, quali parametri tassativi e rigidamente scientifici, la frequenza e la durata nel tempo delle azioni ostili poste in essere dal datore di lavoro – tali da determinare nel lavoratore una insostenibilità psicologica che può portare ad un crollo dell’equilibrio psico-fisico – ovvero il carattere persecutorio e discriminatorio delle stesse, la posizione di inferiorità del lavoratore ed il preciso intento persecutorio e vessatorio del comportamento datoriale”¹⁷³. In sintesi, allora, “gli elementi essenziali della fattispecie sono: l’aggressione o persecuzione di carattere psicologico; la sua frequenza, sistematicità e durata nel tempo; il suo andamento progressivo; le conseguenze patologiche gravi che ne derivano per il lavoratore”¹⁷⁴.

e contraria all’art. 2087 c.c. e si differenzia dai normali conflitti inter-personali sorti nell’ambiente lavorativo, i quali non sono caratterizzati da alcuna volontà di emarginare o di espellere il collega o il subordinato dal contesto lavorativo”.

¹⁷³ Trib. Bari, 12.3.2004, in *Dir. e Giur.*, 2004, 15. Peraltro, proprio il protrarsi nel tempo delle condotte vessatorie, unite dal medesimo scopo persecutorio ai danni del lavoratore, incide sul *dies a quo* di decorrenza della prescrizione del diritto al risarcimento. Infatti, poiché la lesione dei diritti del lavoratore avviene a causa di azioni che sono parti di una condotta sistematica e reiterata, la possibilità di far valere l’azione risarcitoria decorre non dalle singole condotte sintomatiche del *mobbing*, ma solo dal momento in cui l’intero comportamento vessatorio ha avuto fine. Questa impostazione è stata fatta propria dalla Cassazione, chiamata a decidere su un caso di richiesta di risarcimento danni per mancata reintegrazione nelle mansioni di spettanza, a seguito di dichiarazione di illegittimità di due licenziamenti avvenuti a distanza di alcuni anni (cfr., Cass., 6.11.2000, n. 14443, in *Not. giur. lav.*, 2001, 170 ss.). La S.C. ha affermato che “il risarcimento che viene richiesto in questa controversia è relativo a comportamenti ascritti al datore in relazione al rapporto di lavoro *nel suo complesso*, per un ambito temporale in cui i licenziamenti costituiscono solamente degli episodi a carattere sistematico”. La diretta conseguenza di questa impostazione è stata che, poiché la condotta lesiva del datore si è protratta fino al momento della cessazione del rapporto, l’eccezione di prescrizione risulta rigettata ed è stato, così, riconosciuto il risarcimento del danno alla personalità morale del lavoratore; un danno, questo, che la S.C. ha considerato come danno a sé stante, distinto ed autonomo rispetto al ristoro già ottenuto con la reintegra nel posto di lavoro.

¹⁷⁴ Trib. Milano, 22.8.2002, in *Orient. giur. lav.*, 2002, I, 536. Nello stesso senso, si veda anche Trib. Milano, 20.5.2000, in *Dir. rel ind.*, 2001, 2, 285. E’ bene evidenziare come i caratteri di sistematicità e reiterazione nel tempo, propri del *mobbing*, consentono quindi di distinguerlo anche dai singoli fenomeni episodici che pure possono comporlo, quali il demansionamento, la dequalificazione professionale, l’illegittimo trasferimento, l’illegittimo licenziamento, le ingiurie, ecc., nel senso che tali ulteriori comportamenti lesivi della personalità morale del lavoratore non rilevano autonomamente come specifici illeciti datoriali (a loro volta fonte di responsabilità contrattuale) solo qualora si inseriscano in un unitario contesto vessatorio integrante gli estremi del *mobbing*. Come si è visto, infatti, si richiede – per la configurabilità dell’istituto – una reiterazione di condotte protratte nel tempo ed unite dal medesimo intento persecutorio, tra le quali condotte possono anche esservi quelle consistenti in atti di demansionamento, dequalificazione, molestie, ecc.; tuttavia, se queste condotte si manifestano come fenomeni episodici, esse costituiscono, a loro volta, autonomi e distinti illeciti, senza che sia possibile inquadrarle in un più ampio contesto di *mobbing*.

Accanto all'elemento oggettivo della condotta, viene individuato poi un elemento soggettivo, nel senso che si richiede anche una precisa strategia (da parte di uno o più soggetti o dell'intera azienda), che tradisce l'esistenza di un dolo specifico finalizzato, appunto, a nuocere, infastidire o svilire il lavoratore¹⁷⁵. Così, è stato affermato che “il *mobbing* aziendale, per cui potrebbe sussistere la responsabilità contrattuale del datore di lavoro, comprende l'insieme di atti, ciascuno dei quali è formalmente legittimo ed apparentemente inoffensivo; inoltre, deve essere posto con il dolo specifico quale volontà di nuocere, o infastidire, o svilire un compagno di lavoro, ai fini dell'allontanamento del mobbizzato dall'impresa”¹⁷⁶.

La necessaria ricorrenza di entrambi gli elementi è stata ribadita dalla giurisprudenza, che infatti precisa come “il *mobbing*, ovvero quella situazione di disagio provocata al lavoratore dall'ambiente di lavoro, si compone di un elemento oggettivo, consistente in ripetuti soprusi posti in essere da parte dei superiori e, in particolare, in pratiche – di per sé legittime sebbene biasimevoli – dirette a danneggiare il lavoratore e a determinarne l'isolamento all'interno del contesto lavorativo; nonché si un elemento psicologico, a sua volta consistente, oltre che nel dolo generico – *animus nocendi* –, anche nel dolo specifico di nuocere psicologicamente al lavoratore, al fine di emarginarlo dal gruppo ed allontanarlo dall'impresa”¹⁷⁷.

Come si accennava in precedenza, le condotte di *mobbing*, pur presentando i tratti essenziali che si sono appena delineati, possono variare notevolmente a seconda della provenienza delle condotte vessatorie (da parte dei colleghi o dei superiori) e delle finalità (politica aziendale o meno).

In particolare, la dottrina e la giurisprudenza parlano di *mobbing* verticale con riferimento alle vessazioni poste in essere da superiori gerarchici e cioè “nell'ipotesi in cui il dipendente sia oggetto ripetuto di soprusi da parte dei superiori (o addirittura dello stesso datore di lavoro), volti ad isolarlo dall'ambiente di lavoro e, nei casi più gravi, ad espellerlo,

¹⁷⁵ Il *mobbing*, pertanto, si presta a ricomprendere comportamenti eterogenei la cui abusività e vessatorietà scaturisce non tanto *ex se*, ma dall'esistenza di un disegno unitario volto a colpire la vittima.

¹⁷⁶ Trib. Como, 22.5.2001, in *Lav. Giur.*, 2002, 73.

¹⁷⁷ Trib. Como, 22.2.2003, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, 328.

con gravi menomazioni della sua capacità lavorativa e dell'integrità psichica"¹⁷⁸. Peraltro, parte della dottrina ritiene che quando i comportamenti vessatori dei superiori siano caratterizzati dalla specifica volontà di spingere il lavoratore alle dimissioni, si è in presenza del c.d. *bossing*, il cui tratto distintivo rispetto al *mobbing* verticale va individuato nella finalizzazione alla espulsione del lavoratore dal contesto lavorativo, in attuazione di una precisa politica aziendale¹⁷⁹.

Diverso da questa forma di *mobbing* è invece il *mobbing* orizzontale, che si caratterizza per il fatto di venir posto in essere dai colleghi nei confronti di un lavoratore; si evidenzia come, in tale manifestazione, il fenomeno vessatorio si caratterizzi non per la particolare posizione di superiorità degli individui mobbizzanti, quanto piuttosto dalla particolare forza lesiva che può derivare dalla coesione del gruppo¹⁸⁰.

Ebbene, in entrambe le forme di *mobbing* la giurisprudenza ha ritenuto di poter ravvisare un'ipotesi di responsabilità del datore di lavoro, avente natura contrattuale e fondata sull'art. 2087 c.c., in base alla quale è stato riconosciuto al lavoratore il diritto al risarcimento dei danni subiti; danni che, nella maggior parte dei casi, sono ovviamente di carattere non patrimoniale.

E' ormai pacifica, infatti, anzitutto la riconducibilità del fenomeno del *mobbing* nell'ambito di operatività dell'art. 2087 c.c.¹⁸¹, che prevede, come è noto, una serie aperta di obblighi del datore di lavoro posti a tutela, nell'ambiente lavorativo, dei diritti fondamentali ed assoluti del lavoratore alla salute (art. 32 Cost.) e alla dignità umana (artt. 2, 3 e 41 Cost.), i quali

¹⁷⁸ Trib. Torino, 11.12.1999, in *Foro It.*, 2000, I, 1555.

¹⁷⁹ Cfr., ad esempio, Liberati, *Rapporto di lavoro e danno non patrimoniale*, Milano, 2005, 240; secondo altra parte della dottrina, invece, il *bossing* sarebbe semplicemente una diversa locuzione con la quale descrivere ogni forma di *mobbing* verticale.

¹⁸⁰ Liberati, *op. ult. cit.*, p. 240.

¹⁸¹ In dottrina (Mazzamuto, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime di inadempimento*, in *Europa e diritto privato*, 2003, 672), si è correttamente evidenziato che il richiamo all'art. 2087 c.c. rappresenta la principale risposta strategica alle esigenze di tutela della sfera personale del lavoratore "nella misura in cui consente di annettere all'ambito operativo della responsabilità da inadempimento lesioni quali il *mobbing*, che sulla base di malintesi presupposti strutturali sembrerebbe, piuttosto, appartenere all'area dell'extra-contrattualità". D'altro canto, la qualificazione della responsabilità da *mobbing* del datore di lavoro come responsabilità contrattuale non può essere revocata in dubbio per la semplice ragione che essa costituisce non una scelta dogmatica dell'interprete, ma una chiara opzione legislativa consacrata nell'art. 2087 c.c.

obblighi entrano, in virtù dell'art. 1374 c.c., direttamente nel regolamento contrattuale del rapporto di lavoro subordinato. Si è, così, affermato che l'art. 2087 c.c. “è sicuramente una norma che ben si attaglia alla fattispecie di *mobbing*, posto che essa, trasferendo in ambito contrattuale il più generale principio del *neminem laedere*, riparte l'onere della prova così da far gravare sul datore l'onere di provare di aver ottemperato all'obbligo di protezione dell'integrità psico-fisica del lavoratore, mentre grava su quest'ultimo il solo onere di provare la lesione all'integrità psico-fisica ed il nesso di causalità tra l'evento dannoso e l'espletamento della prestazione lavorativa”¹⁸². Più in particolare, come si è visto in precedenza, la giurisprudenza tende ad individuare le fonti della responsabilità del datore di lavoro sia nel generale obbligo di *neminem laedere*, sia nel più specifico obbligo di protezione dell'integrità psico-fisica del lavoratore sancito dall'art. 2087 c.c., la cui violazione dà luogo a responsabilità contrattuale¹⁸³.

¹⁸² Cass., sez. lav., 21.12.1998, n. 12763, in *Notiziario giur. lav.* 1999, 184. Tra le tante, individuano il fondamento normativo del *mobbing* nell'art. 2087 c.c., con conseguente responsabilità contrattuale del datore di lavoro, anche : Cass., 17.07.1995, n. 7768, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, f. 7-8; Cass., 8.01.2000, n. 143, in *ivi*, 2000, f. 1; Cass., 05.02.2000, n. 1307, *ibidem*, f. 2; Cass., S.U. 12.03.2001, n. 99, *ivi*, 2001, f. 3, la quale ribadisce la natura contrattuale della responsabilità per danno da *mobbing* e precisa che deve ritenersi proposta l'azione di responsabilità extra-contrattuale solo se non emerga una precisa scelta del danneggiato per quella contrattuale; Cass., 02.05.2000, n. 5491, in *Lav. Giur.*, 2000, 830.

¹⁸³ Circa la riconducibilità del *mobbing* nell'ambito operativo dell'art. 2043 c.c., parte della dottrina si dimostra contraria al riconoscimento delle due forme di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale), ritenendo che le vessazioni sul luogo di lavoro rientrino esclusivamente tra le violazioni degli obblighi di sicurezza e di protezione dei dipendenti previsti dall'art. 2087 c.c.: cfr., ad esempio, Tullini, *cit.*, 260. Da altra dottrina (Mazzamuto, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime di inadempimento*, *cit.*, 660), invece, è stato evidenziato come i comportamenti mobbizzanti presentino astrattamente tutti i requisiti tipici dell'illecito extra-contrattuale, a partire dal requisito soggettivo *sub specie* di dolo; dunque, “l'impressione che se ne trae è che il *mobbing* – in sede di responsabilità civile – null'altro rappresenti che un comportamento materiale sul quale si è appuntata l'attenzione della giurisprudenza e la riflessione della dottrina, ma che dal punto di vista delle conseguenze giuridiche poco o nulla innovi, rappresentando piuttosto un'ulteriore fonte di lesione di beni giuridici alla cui tutela legislazione e giurisprudenza già da tempo provvedono”. Tanto premesso, al fine di tracciare una linea di demarcazione tra responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale in ambito di *mobbing*, si è quindi affermato che proprio dal collegamento funzionale tra gli eventi lesivi e l'esecuzione della prestazione principale (cioè, l'attività lavorativa) dipende la possibilità di ascrivere tali eventi all'area della responsabilità contrattuale in quanto conseguenze dannose dell'inadempimento degli obblighi di protezione. Al di là della frontiera così tracciata, si estende invece la vasta area della responsabilità aquiliana, poiché non vi è dubbio che la contrattualità non è in grado di abbracciare lesioni di situazioni giuridiche autonome rispetto alle quali l'esecuzione del contratto non è cagione ma solo teatro occasionale del loro venire ad esistenza (in questi termini, Castronovo, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 8). Qualora sussista, invece, la connessione funzionale con l'esecuzione della prestazione principale, la violazione dell'art. 2087 c.c. assume il volto

Pertanto, in tema di *mobbing* viene ritenuto ammissibile “il concorso tra la responsabilità aquiliana *ex art.* 2043 c.c. e la responsabilità specifica *ex art.* 2087 c.c., nella parte in cui obbliga il datore di lavoro ad adottare tutte le misure necessarie a tutelare la personalità morale dei prestatori di lavoro, anche alla luce dell’obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede”¹⁸⁴. Poiché, allora, “la fattispecie di *mobbing* ha natura al tempo stesso contrattuale ed extracontrattuale, ne consegue, sul piano processuale, l’applicabilità della disciplina dell’onere probatorio più favorevole al lavoratore ricorrente”¹⁸⁵.

Va poi precisato che la responsabilità contrattuale del datore di lavoro di cui all’art. 2087 c.c. viene riconosciuta non solo nel caso in cui sia esso stesso a porre in essere la condotta mobbizzante, ma anche nell’ipotesi di c.d. *mobbing* orizzontale (o anche di *mobbing* verticale posto in essere da altri lavoratori, collocati in posizione di superiorità rispetto al lavoratore mobbizzato)¹⁸⁶. Come si è accennato in precedenza, infatti, in virtù della norma in esame il datore è tenuto a porre in essere tutto quanto necessario per evitare il prodursi di conseguenze lesive a danno del lavoratore e l’obbligo di protezione nei suoi confronti si estende anche alla vigilanza del comportamento degli altri lavoratori¹⁸⁷. Il datore è quindi tenuto, sempre sul

inedito di una “condotta complessiva di inadempimento”, che si articola in una pluralità di atti e comportamenti tra loro disomogenei ma legati dalla sistematicità e dalla tensione ad abusare, vessare e discriminare il dipendente.

¹⁸⁴ Cfr. Trib. Pinerolo, 14.1.2003, in *Giur. Mer.*, 2003, f. 5.

¹⁸⁵ Trib. Forlì, sez. lav., 15.3.2001, in *Giust. civ., Mass.*, 2001, f. 3.

¹⁸⁶ In realtà, parte della giurisprudenza è propensa ad introdurre anche in questi casi una concorrente responsabilità aquiliana in forza dell’art. 2049 c.c., per omessa vigilanza sui dipendenti e collaboratori. Va tuttavia ribadito che la regola del concorso di azioni non è supportata da valide basi dogmatiche e, anche in tali ipotesi, ai fini della repressione del fenomeno vessatorio non occorre richiamare la responsabilità aquiliana dell’imprenditore ai sensi dell’art. 2049 c.c., poiché i comportamenti e gli atti illeciti interessano comunque lo svolgimento del rapporto di lavoro e confluiscono inevitabilmente nell’area dell’inadempimento contrattuale.

¹⁸⁷ A tal riguardo, parte della dottrina (Mazzamuto, *op. ult. cit.*, 677) evidenzia che la disciplina della responsabilità contrattuale si mostra idonea ad abbracciare e sanzionare una buona parte delle ipotesi sopra menzionate grazie, in particolare, alla previsione contenuta nell’art. 1228 c.c., che imputa al debitore (in tal caso, il datore di lavoro tenuto ad adottare le misure di sicurezza) le conseguenze dannose del fatto colposo o doloso dei terzi di cui si sia avvalso nell’adempimento dell’obbligazione. Circa l’ambito di operatività dell’art. 1228 c.c., si veda, comunque, anche Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 45, il quale sostiene invece che la norma sulla responsabilità per fatto degli ausiliari non si riferisce all’inadempimento della prestazione, bensì alla violazione dei soli obblighi di protezione, sanzionando come inadempimento una lesione della sfera giuridica del creditore che, laddove mancasse l’art. 1228 c.c., darebbe luogo a

piano dell'adempimento contrattuale, non solo ad evitare propri atti e comportamenti discriminatori, ma anche ad impedire e scoraggiare un'analogha condotta ostile realizzata da dirigenti, collaboratori e dipendenti, con la conseguenza che i comportamenti illeciti da questi posti in essere sono giuridicamente imputabili, oltre che ai singoli autori, in via diretta anche al datore di lavoro. La giurisprudenza ha così affermato che “nel rapporto di lavoro è vietato ogni comportamento datoriale che realizzi una compromissione della personalità del lavoratore (c.d. *mobbing*), con la conseguenza che laddove il datore di lavoro sia a conoscenza di comportamenti vessatori di un suo dipendente nei confronti di un collega gerarchicamente subordinato, è tenuto a porre in essere, secondo il tradizionale criterio della massima sicurezza fattibile di cui all'art. 2087 c.c., quanto necessario per impedire il reiterarsi del comportamento illecito”¹⁸⁸.

Da quanto sin qui esaminato, emerge dunque che la tutela che viene più diffusamente riconosciuta al lavoratore mobbizzato è quella avente carattere risarcitorio, fondata sull'art. 2087 c.c. Quanto alla natura ed al tipo

responsabilità aquiliana; l'inadempimento della prestazione, anche quando cagionato dal fatto colposo o doloso degli ausiliari, continua viceversa ad essere disciplinato dall'art. 1218 c.c. Peraltro, quanto ai rapporti tra gli artt. 1228 c.c. e 2049 c.c., in un primo tempo si è sostenuto che essi soggiacciono ad una medesima *ratio* e che il primo non sia altro che una mera riproduzione nella materia contrattuale della regola contenuta nel secondo al fine di creare, nei due settori della responsabilità civile, un unico sistema di responsabilità per fatto degli ausiliari (in tal senso, si veda, ad esempio, Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni, II, Le fonti*, Milano, 1964, 509 e, in giurisprudenza, Cass., 13.10.1953, n. 3327, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1954, III, 44). Questa impostazione, tuttavia, implicherebbe il riconoscimento della natura oggettiva della responsabilità per fatto dei terzi e, se così fosse, nelle ipotesi di *mobbing* orizzontale il datore di lavoro sarebbe chiamato a rispondere delle condotte mobbizzanti dei propri dipendenti anche quando tali condotte sfuggano alla sua sfera di controllo. E' invece evidente come tale assunto collida con la struttura stessa del giudizio di responsabilità contrattuale delineato dall'art. 1218 c.c., il quale esonera il debitore dalle conseguenze dell'inadempimento derivante da causa a lui non imputabile. Appare pertanto condivisibile l'opinione della più recente dottrina (cfr. Visintini, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965, 69; Natoli, *L'attuazione, del rapporto obbligatorio*, in Tratt. Cicu-Messineo, XVI, Milano, 1974, t. 2, 76; *contra*, Castronovo, *Problema e sistema, cit.*, 45). In effetti, diverso è il fondamento delle due norme citate. L'art. 2049 c.c. presuppone il fatto obiettivo del rapporto di preposizione che lega il padrone o il committente al domestico o al commesso e consacra un'ipotesi di responsabilità oggettiva per rischio d'impresa (v. Busnelli, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, 63); mentre l'art. 1228 c.c. si applica al caso di inadempimento o inesatto adempimento del rapporto obbligatorio cagionato in concreto dall'attività materiale del terzo di cui il debitore si sia avvalso, così ampliando la sfera dei comportamenti materiali a lui imputabili al fine di addossargli i costi della cooperazione dell'ausiliario e di tutelare l'affidamento del creditore nella sua responsabilità di base (cfr. Mazzamuto, *op. ult. cit.*, 679).

¹⁸⁸ Così, Trib. Pisa, 3.10.2001, in *Danno e resp.*, 2002, 456.

di danni che la giurisprudenza ha considerato risarcibili in queste ipotesi, si tratta di danni non patrimoniali e va evidenziato che il loro risarcimento è stato costantemente riconosciuto pur se essi derivano da un inadempimento contrattuale.

In particolare, la giurisprudenza si è espressa sempre più frequentemente a favore del risarcimento del danno biologico causato dal *mobbing*, senza considerare un ostacolo alla tutela del lavoratore il fatto che si tratti di una responsabilità contrattuale ed anzi affermando esplicitamente che “nel caso di diritti soggettivi lesi da comportamenti consistenti nello scorretto esercizio di poteri datoriali (quali il *mobbing*), in violazione del principio di protezione delle condizioni di lavoro *ex art. 2087 c.c.*, la fattispecie di responsabilità va ricondotta alla violazione degli obblighi contrattuali stabiliti da tale norma, indipendentemente dalla natura dei danni subiti, dei quali si chiede il ristoro, e dai riflessi su situazioni soggettive (quale il diritto alla salute) che trovano la loro tutela specifica nell’ambito del rapporto obbligatorio”¹⁸⁹. Si considera pacifico, infatti, che comportamenti vessatori messi in atto dal datore di lavoro o dai colleghi, integranti la fattispecie di *mobbing*, “possono determinare, quale conseguenza, una sintomatologia psico-somatica sino a pregiudicare le condizioni di salute”¹⁹⁰ e pertanto “il lavoratore che sia vittima di comportamenti persecutori da parte del datore di lavoro ha diritto al risarcimento del danno biologico (ad es., disturbi al sistema nervoso), ma deve dimostrare l’esistenza di un nesso causale tra il comportamento del datore di lavoro e il pregiudizio alla propria salute”¹⁹¹.

L’ipotesi probabilmente destinata ad avere maggiori applicazioni, nell’ambito del danno non patrimoniale da vessazioni sul lavoro, però, è costituita dal c.d. pregiudizio esistenziale. Come si è già detto, se si identifica tale danno con la compromissione delle attività realizzatrici della

¹⁸⁹ In questo senso, cfr. in particolare Cass., 24.05.2004, n. 8438, in *Foro it.*, 2004, I, 2320.

¹⁹⁰ Trib. Forlì, 15.3.2001, in *Guida Lav.*, 2001, 103. In dottrina, cfr. Mazzamuto, *Il mobbing*, cit., 4, ove si evidenzia che “nel fiorire di studi medico-sociologici, la vittima di *mobbing* risulterebbe affetta da svariati disturbi psico-fisici che incidono in maniera permanente sulla persona e che producono effetti collaterali a carico della stessa serenità familiare (c.d. doppio *mobbing*)”.

¹⁹¹ Cass., 2.5.2000, n. 5491, in *Lav. e Giur.*, 2000, 830.

persona e se si considera che il lavoro è il luogo ove tali attività realizzatrici trovano la principale fonte di applicazione, non vi è dubbio che moltissimi aspetti del mondo del lavoro assumano anche implicazioni “esistenziali” meritevoli di un eventuale tutela risarcitoria. Per questa ragione, la figura del danno esistenziale ha trovato ampi margini di sviluppo proprio nell’ambito del *mobbing*. Il pregiudizio che il lavoratore subisce in tali casi, infatti, non sempre arriva alla compromissione del diritto alla salute; non per questo, però, può sostenersi che il lavoratore non abbia avuto alcuna conseguenza sul piano esistenziale. Proprio l’ampia estensione del danno esistenziale consente di farvi rientrare ogni lesione della qualità della vita della persona e, in questa prospettiva, tale danno permette di superare gli stretti confini di quello biologico, necessariamente legato ad un pregiudizio della salute medicalmente accertato, consentendo così il risarcimento di situazioni meritevoli di tutela pur se non riconducibili alla lesione del diritto alla salute in senso stretto. E’ stato così affermato che “il *mobbing* può dar luogo ad un danno esistenziale o danno alla vita di relazione, di natura contrattuale, che si realizza ogni qual volta il lavoratore venga aggredito nella sfera della dignità senza che tale aggressione offra sbocchi per altra qualificazione risarcitoria; il predetto danno, da liquidarsi in via equitativa ai sensi dell’art. 1226 c.c., può essere rapportato alla durata della condotta pregiudizievole e ad una percentuale della retribuzione percepita”¹⁹².

Infine, un’ultima considerazione va compiuta con riferimento alla ripartizione dell’onere probatorio. L’inquadramento del *mobbing* nell’ambito della responsabilità contrattuale richiama sul punto l’annosa questione della distribuzione della prova tra le parti contrattuali. Al riguardo, assume un significato rilevante la nota decisione delle Sezioni

¹⁹² Trib. Como, 22.5.2001, in *Lav. Giur.*, 2002, 73. Tra le tante, ammettono il risarcimento del danno esistenziale causato da comportamenti di *mobbing*, anche: Trib. Pisa, 3.10.2001; Trib. Forlì, 15.3.2001, in *Lav. Giur.*, I, 2002, 552. Quest’ultima pronuncia si segnala per la compiuta analisi in tema di danni da *mobbing*; in particolare, si afferma che il *mobbing* in azienda provoca un danno esistenziale o alla vita di relazione, qualificato come aggressione alla dignità della persona che non offra sbocchi per altra qualificazione risarcitoria secondo lo schema codicistico danno patrimoniale/danno morale/danno biologico. Inoltre, il Tribunale di Forlì riconosce sia la natura contrattuale che extra-contrattuale del diritto al risarcimento del danno, concedendo quella contrattuale in quanto più favorevole al lavoratore ricorrente in termini di ripartizione di onere della prova.

Unite del 2001¹⁹³ la quale, risolvendo il contrasto giurisprudenziale e dottrinario esistente in materia¹⁹⁴, ha ritenuto che, sia nel caso in cui il creditore agisca per ottenere l'adempimento sia nel caso in cui agisca per ottenere il risarcimento dei danni e/o la risoluzione, è sufficiente che fornisca la prova del titolo e dell'avvenuta scadenza del termine, corredata dalla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento; si precisa, poi, che su questa unitarietà del regime probatorio non incide il diverso contenuto dell'obbligazione e che la regola di sufficienza della prova del titolo e dell'allegazione dell'inadempimento si estende anche alle ipotesi di inesatto adempimento per difformità qualitative o quantitative della prestazione eseguita e per violazione di obblighi accessori. Ebbene, alla luce di queste affermazioni si ricava, come già era stato affermato in precedenza

¹⁹³ Cass., S.U., 30.10.2001, n. 13533, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 707.

¹⁹⁴ Circa il problema della distribuzione della prova nel caso in cui, a fronte dell'inadempimento del debitore, si agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento, l'unico orientamento pacifico e consolidato ha riguardato la domanda di adempimento. Infatti, si è unanimemente affermato che quando l'attore agisce per l'esatto adempimento della prestazione ha l'onere di provare il titolo (negoziale o legale) del proprio diritto ed il relativo termine di scadenza (quindi, l'esistenza e l'esigibilità del credito), mentre al convenuto spetta la prova del fatto estintivo del debito, cioè l'avvenuto adempimento o l'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (cfr., tra le tante, Cass., 11.7.1983, n. 4683, in *Giust. Civ. Mass.*, 1983, f. 7-8; Cass., 20.01.1982, n. 379, *ivi*, 1982, f. 1). Il contrasto è sorto, invece, nell'ipotesi in cui il creditore reagisce all'inadempimento con l'azione di risoluzione o con l'azione di risarcimento. Un primo orientamento afferma che il creditore in queste due ultime ipotesi abbia anche l'onere di provare l'inadempimento, che rappresenta il fatto costitutivo sia della pretesa ad ottenere il risarcimento, sia di quella a conseguire la risoluzione e ciò nel presupposto della diversità di oggetto tra i rimedi in esame e l'azione di adempimento (cfr., in dottrina, Micheli, *In tema di onere della prova dell'inadempimento*, in *Giur. It.*, 1960, I, 1417). Il contrapposto orientamento, invece, postula un regime probatorio omogeneo delle diverse azioni previste dall'art. 1453 c.c., in quanto si afferma che l'adempimento coattivo, la risoluzione ed il risarcimento hanno il medesimo presupposto, cioè l'inadempimento dell'obbligazione, la cui dichiarazione giudiziale costituisce il *prius* logico, mentre le ulteriori pronunce (condanna all'adempimento o alla risoluzione) risultano meramente consequenziali. Pertanto, sarebbe del tutto irragionevole riconoscere al comune presupposto dell'inadempimento una differente rilevanza a seconda del tipo di azione in concreto esperita (cfr. Mariconda, *Tutela del credito e onere della prova: la Cassazione è ad una svolta?*, in *Corr. Giur.*, 1998, 785; De Cristofaro, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 599; Sacco, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 406, nt. 26; Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 439). Le citate Sezioni Unite del 2001 hanno mostrato di accogliere quest'ultima ricostruzione; sul punto, comunque, si veda anche Visintini, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contr. e Impr.*, 3, 2002, 903, ove l'A. rileva che si tratta in realtà di un contrasto apparente o meglio di un contrasto tra massime mal formulate.

da alcune pronunce¹⁹⁵, che la vittima di condotte mobbizzanti dovrebbe limitarsi a provare la sussistenza del contratto di lavoro subordinato ed allegare la circostanza degli abusi, delle vessazioni e delle persecuzioni che è stato costretto a subire; mentre sul datore di lavoro incomberebbe la prova dell'avvenuto adempimento dell'obbligo di protezione ovvero dell'insussistenza delle lesioni lamentate o, ancora, della mancanza di un loro collegamento funzionale con l'esecuzione della prestazione principale¹⁹⁶.

3.3. Il danno non patrimoniale da demansionamento ha natura contrattuale: analisi delle Sezioni Unite del 2006

Un'altra fattispecie di responsabilità contrattuale del datore di lavoro, di recente considerata esplicitamente dalla giurisprudenza quale fonte di danno non patrimoniale risarcibile, è rappresentata dal c.d. demansionamento professionale¹⁹⁷, che ricorre nel caso in cui il lavoratore sia lasciato in condizioni di forzata inattività e che si differenzia dall'affine fattispecie della dequalificazione professionale, sussistente nel caso in cui il

¹⁹⁵ Cfr. Cass., sez. lav., 21.12.1998, n. 12763, in *Notiziario giur. lav.* 1999, 184, secondo cui, in caso di responsabilità datoriale "la necessità della colpa – che accomuna la responsabilità contrattuale a quella aquiliana – va nella specie coordinata con il particolare regime probatorio della responsabilità contrattuale che è quello previsto dall'art. 1218 c.c., sicché grava sul datore di lavoro l'onere di provare di aver ottemperato all'obbligo di protezione in argomento, mentre il lavoratore deve provare sia la lesione all'integrità psico-fisica, sia il nesso di causalità tra tale evento dannoso e l'espletamento della prestazione lavorativa".

¹⁹⁶ In tal senso, cfr., da ultimo, Cass., sez. lav., 26.06.2004, n. 11932, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, f. 6; Cass., 06.07.2002, n. 9856, in *Giur. It.*, 2003, 1603; Cass., 18.02.2000, n. 1886, in *Not. giur. lav.*, 2000, 452. Parte della dottrina (Mazzamuto, *Una rilettura del mobbing*, cit., 694) si è tuttavia espressa in senso critico rispetto a questa ricostruzione, ritenendo preferibile la differente impostazione in base alla quale il lavoratore sarebbe tenuto piuttosto a dimostrare gli elementi di fatto che caratterizzano la norma di condotta dei *mobbers* – quali la durata, la reiterazione, la discrezionalità, la pretestuosità – nonché il collegamento di causalità giuridica con le conseguenze dannose. Al datore di lavoro, invece, spetterebbe di provare che gli elementi di fatto adottati non costituiscono, singolarmente considerati, altrettante violazioni dell'obbligo di protezione e, in ogni caso, che tali episodi non sono collegati tra loro da un finalismo orientato a vessare, discriminare ed accerchiare il lavoratore o, ancora, che, *ex art.* 1218 c.c., l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione dipendente da causa a lui non imputabile.

¹⁹⁷ In dottrina, sul tema del demansionamento cfr. Del Conte, *La figura giurisprudenziale del danno da demansionamento: il problema delle fonti e della prova*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 629 ss.; Panaiotti, *Violazione dell'art. 2103 c.c. e danno risarcibile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, 2, 326. Tra la giurisprudenza di merito relativa a casi di totale sottrazione delle mansioni, si vedano Trib. Venezia, 26.01.2001, in *Dir. e Lav.*, 2001, 425; Trib. Milano, 26.04.2000, *ivi*, 2000, 750; Trib. Vicenza, 20.04.1999, in *Guida lav.*, 2000, 8, 42.

lavoratore venga impiegato in mansioni inferiori a quelle per le quali era stato assunto¹⁹⁸. Ambedue le ipotesi concretizzano un inadempimento datoriale, in violazione dell'art. 2103 c.c., che “intende tutelare e valorizzare la personalità del lavoratore”¹⁹⁹, attribuendogli un vero e proprio diritto soggettivo al lavoro²⁰⁰.

A questa condotta del datore è unanimemente attribuita, dalla giurisprudenza, una natura plurioffensiva, nel senso che essa può astrattamente provocare una pluralità di conseguenze lesive. Ciò in quanto “dall’illegittima attribuzione ad un lavoratore di mansioni inferiori rispetto a

¹⁹⁸ Tra la prima giurisprudenza che si è occupata di danni da dequalificazione, cfr. Cass., 12.12.1995, n. 12705, in *Riv. giur. lav.*, 1996, 1, 33, che riguarda il caso di un lavoratore che, nel passaggio dalle mansioni di aiuto macchinista a quelle di commesso, entra in uno “stato di frustrazione, di insoddisfazione personale, di disaffezione, di perdita di interesse, di profonda tensione emotiva”. Cfr. anche, più di recente, Cass., 8.06.2001, n. 6856, in *Notiziario giur. lav.*, 2001, 595, che considera dequalificante, per un’addetta alle vendite che si occupava anche della stipulazione dei contratti, l’affidamento di compiti limitati a prendere contatti telefonici con la clientela.

¹⁹⁹ Cass., 16.07.1986, n. 4602, in *Giust. Civ. Mass.*, 1986, f. 7-8.

²⁰⁰ L’art. 2013 c.c., infatti, traccia il quadro generale delle garanzie legali in tema di mansioni del lavoratore ed in particolare si volge a salvaguardarne il diritto all’utilizzazione, al perfezionamento e all’accrescimento del proprio bagaglio di conoscenze tecnico-pratiche. Peraltro, è stato evidenziato (v. Mazzamuto, *Una rilettura del mobbing* cit., 680) che le limitazioni introdotte dalla norma citata alla discrezionalità organizzativa dell’imprenditore non privano quest’ultimo dello *ius variandi*, tradizionalmente riconosciuto in forza di insopprimibili esigenze di amministrazione dell’azienda, ma introducono solo una regolamentazione del suo esercizio al fine di impedire abusi e vessazioni (cfr., sul punto, Cass., 28.03.1995, n. 3623, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, f. 3). Ne consegue che il datore è libero di utilizzare o meno il lavoratore in nuove mansioni, se l’organizzazione dell’impresa lo esige, purché vengano rispettati i principi dell’equivalenza delle nuove mansioni, della conservazione e dell’arricchimento del suo patrimonio professionale. Un recente indirizzo giurisprudenziale, infatti, ha inteso il concetto di equivalenza professionale non soltanto in senso oggettivo, ossia con riguardo all’area professionale o salariale, ma anche in senso soggettivo, considerando il patrimonio di conoscenze professionali del prestatore (tra le tante, cfr.: Cass., 12.01.2006, n. 425; Cass., 12.04.2005, n. 7453; Cass., 23.03.2005, n. 6326; Cass., 4.10.2004, n. 19836; Cass., 11.09.2003, n. 13372; Cass., 15.02.2003, n. 2328; Cass., 2.10.2002, n. 12821; Cass., 1.09.2000, n. 11457, in *Dir. Prat. Lav.*, 2001, 10, 692). In altri termini, l’equivalenza tra le nuove mansioni e quelle precedenti – che legittima lo *ius variandi* del datore di lavoro – deve essere intesa non solo nel senso di pari valore professionale delle mansioni, considerate nella loro oggettività, ma anche come attitudine delle nuove mansioni a consentire la piena utilizzazione o anche l’arricchimento del patrimonio professionale dal lavoratore acquisito nella pregressa fase del rapporto. Viene, quindi, precisato che “il divieto di variazioni *in peius* opera anche quando al lavoratore, nella formale equivalenza delle precedenti e delle nuove mansioni, siano assegnate di fatto mansioni sostanzialmente inferiori, sicché nell’indagine circa tale equivalenza non è sufficiente il riferimento in astratto al livello di categoria, ma è necessario accertare che le nuove mansioni siano aderenti alla specifica competenza del dipendente, in modo tale da salvaguardarne il livello professionale acquisito e da garantire lo svolgimento e l’accrescimento delle sue capacità professionali, con le conseguenti possibilità di miglioramento professionale, in una prospettiva dinamica di valorizzazione delle capacità di arricchimento del proprio bagaglio di conoscenze ed esperienze”(cfr., in particolare Cass., 2.10.2002, n. 14150).

quelle assegnategli al momento dell'assunzione in servizio, può derivare non solo la violazione dell'art. 2103 c.c., ma anche la violazione del diritto fondamentale del lavoratore alla libera esplicazione della sua personalità nel luogo di lavoro, tutelato dagli artt. 1 e 2 Cost., da cui consegue il diritto dell'interessato al risarcimento del danno²⁰¹. Pertanto, il danno da dequalificazione o da demansionamento “può consistere sia nel danno patrimoniale derivante dall'impovertimento della capacità professionale acquisita dal lavoratore e dalla mancata acquisizione di una maggiore capacità, sia nel pregiudizio (sempre di natura economica) subito per perdita di *chance*, ossia di ulteriori possibilità di guadagno, sia infine nella lesione del diritto del lavoratore all'integrità fisica o, più in generale, alla salute ovvero all'immagine o alla vita di relazione”²⁰². In altri termini, “la negazione o l'impedimento allo svolgimento delle mansioni, al pari del demansionamento professionale, integrano una violazione del diritto fondamentale alla libera esplicazione della personalità del lavoratore anche nel luogo di lavoro, determinando un pregiudizio che incide sulla vita professionale e di relazione dell'interessato, con un'indubbia dimensione sia patrimoniale sia – a prescindere dalla configurabilità di un reato – non patrimoniale, che rende il pregiudizio medesimo suscettibile di risarcimento”²⁰³.

Dall'analisi giurisprudenziale, dunque, si ricava che anche il fenomeno del demansionamento, come quello del *mobbing*, va ricondotto nell'ambito della responsabilità contrattuale del datore di lavoro²⁰⁴ (su cui

²⁰¹ Cass., 12.11.2002, n. 15868, in *Rep. Giur. It.*, 2002, voce Lavoro (Rapporto), n. 796.

²⁰² Così Cass., 10.06.2004, n. 11045, in *Mass.*, 2004, 11045; nello stesso senso, v. anche Cass., 2.01.2002, n. 10, in *Rep. Giur. It.*, 2002, voce cit., n. 793; Id, 14.11.2001, n. 14199, *ivi*, 2001, voce cit., n. 868.

²⁰³ Cass., 27.04.2004, n. 7980, in *Giust. civ.*, 2004, I, 3204. Peraltro, anche la Corte Costituzionale ha avuto occasione di occuparsi del danno da demansionamento e della sua natura plurioffensiva, sia pur partendo da una riflessione sul regime di privilegi a garanzia dei crediti lavorativi: si veda C. Cost. 25.03.2004, n. 113.

²⁰⁴ In dottrina, afferma la natura contrattuale della responsabilità per danni da demansionamento, Del Conte, *cit.*, 629. Parte della dottrina, inoltre, (cfr. Liberati, *Rapporto di lavoro e danno non patrimoniale*, cit., 302) precisa che proprio la riconducibilità del demansionamento alla sfera della responsabilità contrattuale costituisce uno dei principali tratti distintivi di questo illecito datoriale rispetto al c.d. **danno alla professionalità**, che dovrebbe invece essere ricondotto alla sfera della responsabilità extra-contrattuale. In realtà, anche il danno alla professionalità consiste in un pregiudizio derivante dall'inadempimento degli obblighi contrattuali gravanti sul datore di lavoro a norma dell'art. 2103 c.c. e, dunque, può essere anch'esso ricondotto nell'ambito della

incombe, infatti, un obbligo contrattuale direttamente applicativo della

responsabilità di natura contrattuale e può astrattamente derivare da diverse tipologie di illeciti datoriali. Tale danno, connesso al mancato svolgimento del lavoro e delle proprie mansioni, rappresenta un fenomeno da tempo riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza e “consiste in un decremento o nel mancato incremento delle conoscenze teoriche, delle capacità pratiche, delle esperienze e delle specifiche abilità che si acquisiscono mediante l’esercizio dell’attività lavorativa, da valutarsi in sede di quantificazione equitativa, non potendo essere meccanicamente equiparato alla retribuzione del lavoratore danneggiato” (così, Trib. Milano, 21.1.1992, in *Riv. giur. lav.*, 1993, II, 94). In ordine al tipo di pregiudizio che può derivare dalla lesione alla professionalità, è stato precisato che “in tema di danno alla professionalità, la plurioffensività della condotta posta in essere in violazione dell’art. 2013 c.c. impone di distinguere le varie voci di danno e cioè da un lato il danno patrimoniale (danno emergente per diminuzione di retribuzione conseguente alla dequalificazione e per perdita di *chances*, o lucro cessante per la concreta perdita di possibilità di carriera interna all’azienda o di migliori impieghi); dall’altro lato, il danno non patrimoniale (al cui interno, poi, possono individuarsi il danno biologico, il danno morale ed il danno esistenziale)”: così, Trib. Pinerolo, 14.1.2003, cit.. E’ sempre necessario, infatti, distinguere tra il fenomeno della lesione alla professionalità dalle conseguenze, patrimoniali e non patrimoniali, che ne derivano in termini di danno. Quanto ai rapporti sussistenti tra il danno alla professionalità e la fattispecie del demansionamento, la giurisprudenza evidenzia come un fattore distintivo sia rappresentato dal profilo temporale, nel senso che, affinché possa parlarsi di danno alla professionalità e non di semplice demansionamento occorre che lo svolgimento di mansioni inferiori si sia protratto per un lasso di tempo considerevole, tale da consentire una reale perdita di competitività da parte del lavoratore nei confronti del settore di specializzazione e sarà pertanto variabile da settore a settore lavorativo, anche a seconda dell’importanza dell’aggiornamento del lavoratore (cfr., ad esempio, App. Milano, 9.1.2003, in *Orient. Giur. Lav.*, 2002, I, 752). Non vi è dubbio, poi, che una delle possibilità per realizzare una compromissione della professionalità del lavoratore è rappresentata proprio da una situazione di demansionamento imposta dal datore di lavoro (cfr., ad es., Trib. Milano, 22.12.2001, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, 377). Tuttavia, come detto, si tratta di concetti distinti, nel senso che il fenomeno del demansionamento in sé considerato determina la mera impossibilità a svolgere le mansioni attribuite, mentre il danno alla professionalità è conseguenza di tale protratto svolgimento di mansioni inferiori; pertanto, affinché dal demansionamento derivi un danno alla professionalità, è necessario che il demansionamento si sia protratto per un lasso di tempo apprezzabile, tale da consentire una reale ed effettiva perdita delle proprie competenze. In conclusione, sebbene un certo orientamento giurisprudenziale tenda a confondere il danno alla professionalità con il danno da demansionamento (cfr. Pret. Monza, 7.3.1996, in *Lav. Giur.*, 1996, 573, secondo cui “il datore di lavoro che modifichi *in peius* il contenuto qualitativo e quantitativo delle mansioni in precedenza affidate al dipendente viola il precetto di cui all’art. 2103 c.c. e obbliga al risarcimento del danno subito da quest’ultimo per la perdita della professionalità”), più correttamente è stato affermato che “nell’ipotesi di demansionamento non è configurabile un danno *in re ipsa* alla professionalità del lavoratore – intesa come serie di cognizioni tecnico-pratiche che finiscono per determinare una specifica attitudine del soggetto stesso a praticare la propria professione – essendo necessaria la prova diretta, o per presunzioni, che l’inattività o lo svolgimento di mansioni inferiori ha determinato una riduzione all’attitudine lavorativa” (così, Trib. Milano, 10.6.2000, in *Orient. Giur. Lav.*, 2000, I, 367). Quindi, il demansionamento non produce automaticamente un danno alla professionalità, che semmai deve sempre essere accertato in concreto (cfr. anche Trib. Milano, 11.10.1999, in *Orient. Giur. lav.*, 1999, I, 638; Trib. Milano, 16.10.1998, *ivi*, 1998, I, 912); e, allo stesso tempo, il danno alla professionalità può derivare anche da altri illeciti datoriali, quali anzitutto il *mobbing*, ma anche l’illegittimo ed ingiustificato licenziamento (cfr. Trib. Napoli, 7.5.2002, in *Notiziario Giur. Lav.*, 2002, 729), o la mancata reintegrazione nel posto del lavoro (cfr. Cass., 13.7.2002, n. 10203, in *Dir. Lav.*, 2002, II, 313); pure in questi casi, comunque, il danno alla professionalità non può considerarsi *in re ipsa* all’inadempimento datoriale, ma deve essere sempre provato in concreto dal lavoratore.

disposizione di legge di cui all'art. 2103 c.c.) e che il pregiudizio subito dal lavoratore integra di fatto un'ipotesi di danno non patrimoniale da inadempimento, ritenuto risarcibile dalla più recente giurisprudenza di legittimità nelle diverse forme del danno biologico e del danno c.d. esistenziale. E' del 2000, ad esempio, la sentenza con cui la Suprema Corte, proprio con riferimento al demansionamento, dopo aver riconosciuto la violazione degli obblighi *ex artt.* 2087 e 2013 c.c., ha ritenuto risarcibile il conseguente pregiudizio alla vita professionale e di relazione, senza ravvisare alcun ostacolo di principio al ristoro di un danno da inadempimento tipicamente non patrimoniale²⁰⁵.

Un contributo fondamentale in tema di danno da demansionamento è stato da ultimo fornito dalle Sezioni Unite del 2006²⁰⁶, che, intervenendo a comporre il contrasto giurisprudenziale sorto in ordine al riparto dell'onere probatorio nella domanda di risarcimento dei danni sofferti dal lavoratore per effetto del demansionamento professionale, offrono allo stesso tempo interessanti spunti di riflessione sia in materia di risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, sia in ordine alla controversa figura del danno esistenziale.

Il punto di partenza delle Sezioni Unite è rappresentato proprio dal riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità datoriale²⁰⁷. Si afferma che qualunque danno derivante dal demansionamento, sia esso il danno professionale di natura patrimoniale o il danno biologico o il danno

²⁰⁵ In questi termini, Cass., 06.11.2000, n. 14443, in *Lav. e prev. oggi*, 2000, 2287 ss. In particolare, la S.C. ha giudicato contraria alla lettera dell'art. 2103 c.c. la scelta dell'imprenditore di lasciare il lavoratore in una condizione di forzata inattività, sulla base del rilievo che il lavoro non costituisce soltanto il mezzo per garantirsi il sostentamento, bensì anche un'occasione di estrinsecazione della personalità e di elevazione culturale e professionale. Sicché, la violazione dell'art. 2103 c.c. comporta una lesione che incide non solo sulla vita professionale del demansionato, ma anche su quella relazionale. Per quanto la motivazione della sentenza inserisca la lesione della personalità in "una dimensione patrimoniale", è indubbia la natura non patrimoniale di questa tipologia di danno, come indirettamente è stata costretta ad ammettere la stessa pronuncia in esame, contrapponendola a quelle ipotesi in cui il lavoratore dimostri la sussistenza di un danno patrimoniale.

²⁰⁶ Si tratta della nota sentenza Cass., S.U., 24.3. 2006, n. 6572, in *Giur. It.*, 2006, fasc. 10, p. 2042 (con nota di Tomarchio).

²⁰⁷ Sulla natura contrattuale della responsabilità *ex art.* 2087 c.c., v. anche Cass. 26 giugno 2004, n. 11932, in *Mass.*, 2004, 11932; Cass., 5 marzo 2002, n. 3162, *ivi*, 2002, 3162; Cass., 1 febbraio 1995, n. 1168, *ivi*, 1995, n. 1168; Cass., 5 gennaio 1980, n. 28, *ivi*, 1980, 28.

esistenziale, è la conseguenza di un comportamento già ritenuto illecito sul piano contrattuale, tale per cui il datore di lavoro versa in una situazione di inadempimento *ex art.* 1218 c.c. In particolare, gli obblighi che si assumono violati sono ricondotti da un lato all'art. 2103 c.c., consistente nel divieto di dequalificazione, dall'altro lato all'art. 2087 c.c., che impone al datore di tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore.

E' proprio dalla natura contrattuale della responsabilità datoriale da demansionamento che le S.U. fanno derivare la principale argomentazione con cui risolvono il contrasto giurisprudenziale in tema di riparto dell'onere probatorio, accogliendo l'orientamento che afferma l'onere del lavoratore di allegare il danno subito. Due sono le posizioni sussistenti al riguardo.

Secondo l'impostazione meno rigorosa, respinta dalle Sezioni Unite, il danno da demansionamento o da dequalificazione sarebbe in *re ipsa* alla illecita condotta del datore e il lavoratore sarebbe perciò esonerato dal provare l'esistenza del pregiudizio. Più precisamente, sulla base di questa prima ricostruzione, "in caso di accertato demansionamento professionale del lavoratore, in violazione dell'art. 2103 c.c., il giudice può desumere l'esistenza del relativo danno, determinandone anche l'entità in via equitativa, con processo logico-giuridico attinente alla formazione della prova, anche in via presuntiva, in base agli elementi di fatto relativi alla durata della dequalificazione e alle altre circostanze del caso concreto"²⁰⁸. Con particolare riferimento al c.d. danno esistenziale, si è affermato che "il demansionamento non solo viola lo specifico divieto *ex art.* 2103 c.c., ma costituisce lesione del diritto fondamentale alla libera esplicazione della personalità del lavoratore nel luogo di lavoro, con la conseguenza che al pregiudizio correlato a tale lesione – che incide sulla vita professionale e di relazione – va riconosciuta una indubbia dimensione patrimoniale che lo rende suscettibile di risarcimento e di valutazione anche equitativa, pure nell'ipotesi in cui sia mancata la dimostrazione di un effettivo pregiudizio patrimoniale"²⁰⁹. Sempre con riferimento al danno correlato alla lesione del diritto fondamentale alla libera esplicazione della propria personalità nel

²⁰⁸ Cass. 2.11.2001, n. 13580, in *Rep. Giur. It.*, voce "Lavoro (Rapporto)", 2001, n. 873.

²⁰⁹ Cass. 6.11.2000 n. 14443, in *Lav. e prev. oggi*, 2000, 2287.

luogo di lavoro, si è sostenuto esplicitamente che esso “è suscettibile di per sé di risarcimento anche in mancanza dell’allegazione di uno specifico elemento di prova da parte del danneggiato, dovendo effettuarsi la liquidazione in base all’apprezzamento degli elementi presuntivi acquisiti al giudizio e relativi alla natura, all’entità e alla durata del demansionamento, nonché alle altre circostanze del caso concreto”²¹⁰.

L’opposto e prevalente orientamento, invece, sostiene che il danno da demansionamento o dequalificazione deve essere specificamente provato dal lavoratore, affermandosi più precisamente che “il lavoratore deve fornire la prova dell’esistenza del suddetto pregiudizio e del nesso di causalità con l’inadempimento, prova che costituisce presupposto indispensabile per procedere ad una valutazione equitativa. Tale danno non si pone, infatti, quale conseguenza automatica della dequalificazione, cosicché non è sufficiente dimostrare la mera potenzialità lesiva della condotta datoriale, incombendo al lavoratore che denunci il danno subito di fornire la prova in base alla regola generale *ex art. 2697 c.c.*”²¹¹. La principale ragione viene individuata nel fatto che “l’assegnazione dei dipendenti a mansioni inferiori non determina di per sé un danno risarcibile ulteriore rispetto a quello costituito dal trattamento retributivo inferiore, cui già provvede, in funzione compensatoria, l’art. 2103 c.c., il quale stabilisce il principio dell’irriducibilità della retribuzione, nonostante l’assegnazione e lo svolgimento di mansioni inferiori di quelle attribuite. Perciò, dovendo escludersi che ogni modificazione delle mansioni in senso riduttivo comporti un’automatica dequalificazione professionale, grava sul lavoratore l’onere di fornire la prova, anche attraverso presunzioni, dell’ulteriore danno risarcibile”²¹².

²¹⁰ Così Cass., 1211.2002, n. 15868, cit.; in senso conforme, v., *ex multis*, Cass., 26.05.2004, n. 10157, in *Mass.*, 2004, 10157; Id., 29.04.2004 n. 8271, *ivi*, 2004, 8271; Cass., 18.10.1999 n. 11727, in *Rep. Giur. It.*, 1999, voce “Lavoro (Rapporto)”, n. 975, con cui la S.C. cassa la sentenza impugnata che aveva respinto la domanda di risarcimento del danno proposta dal lavoratore demansionato, sull’assunto del mancato assolvimento, da parte dello stesso, dell’onere probatorio relativo alla sussistenza di un danno patrimoniale risarcibile; Cass., 1612.1992 n. 13299, in *Mass.*, 1992, 13299.

²¹¹ Cass., 28.05.2004 n. 10361, in *Mass.*, 2004, 10361.

²¹² Cass., 8.11.2003, n. 16792, in *Mass.*, 2003, 16792. Tra le altre, sostengono la tesi della prova del danno: Cass., 23.07.2004, n. 13887, in *Mass.*, 2004, 13887; Cass., 13.05.2004, n. 9129, *ibidem*, 9129; Cass., 18.11.2003, n. 16792, *ivi*, 2003, 16792; Cass., 4.06.2003, n.

Ebbene, come si diceva, le Sezioni Unite hanno recepito questa seconda impostazione, fondando il proprio ragionamento sulla natura contrattuale della responsabilità del datore di lavoro. Si sostiene che, trattandosi di vero e proprio inadempimento di un'obbligazione, operano le regole *ex artt.* 1218 e 1223 c.c., che impongono al lavoratore di dimostrare l'esistenza di un nesso di causalità fra l'inadempimento e il danno e di precisare quali, fra le molteplici forme di danno da demansionamento o dequalificazione, ritenga di aver subito, fornendo, a tal proposito, ogni elemento utile per la ricostruzione della loro entità. Inoltre, proprio dalle due citate disposizioni in materia contrattuale, si evince la necessità di distinguere il momento dell'inadempimento (in questo caso consistente nella violazione dell'art. 2103 c.c., sanzionata con l'obbligo di corresponsione della retribuzione), dal momento, successivo ed eventuale, della produzione del danno, risarcibile solo in quanto "conseguenza immediata e diretta" dell'inadempimento medesimo. La prova del demansionamento è quindi necessaria ma non sufficiente per domandare il risarcimento dei danni, in quanto, dimostrato l'inadempimento del datore, è poi necessario, secondo le regole generali, provare che esso abbia inciso negativamente sulla sfera del lavoratore. La finalità precipua del risarcimento del danno *ex art.* 1218 c.c. è quella di neutralizzare la perdita sofferta in concreto dalla vittima, attraverso la reintegrazione dell'effettiva diminuzione del suo patrimonio, subita per effetto del mancato adempimento della prestazione. Ove tale diminuzione patrimoniale non vi sia stata, o non sia stata provata dal danneggiato, il diritto al risarcimento del danno non è configurabile; al contrario, ammettere la risarcibilità del danno in conseguenza del mero accertamento del demansionamento comporterebbe, ad avviso del Collegio, l'attribuzione al lavoratore di una somma di denaro che si configura come somma-castigo, vale a dire una sanzione civile punitiva, inflitta sulla base del mero inadempimento, in contrasto con gli ordinari principi civilistici di cui agli artt. 1218 e 1223 c.c.

8904, *ibidem*, 8904; Cass., 06.07.2002, n. 9856, *ivi*, 2002, 9856; Cass., 14.05.2002, n. 6992, in *Rep. Giur. It.*, 2003, voce "Lavoro (Rapporto)", 2003, n. 333; Cass., 11.08.1998, n. 7905; Cass., 4.02.1997, n. 1026, *ivi*, 1997, voce cit., n. 824; Cass., 18.04.1996, n. 3686, in *Riv. Giur. Lav.*, 1996, II, 33). Per la giurisprudenza di merito, cfr., *ex multiis*, App. Milano, 10.06.2000, in *Rep. Giur. It.*, 2000, voce cit., n. 844.

La pronuncia in esame si segnala, altresì, per una compiuta indagine sulle singole voci di danno derivanti dall'inadempimento datoriale in questione, indicando, in relazione a ciascuna di esse, gli oneri di allegazione e i mezzi di prova idonei a far emergere il corrispondente pregiudizio.

In questa attenta disamina, assume particolare rilievo il riferimento al danno esistenziale che, proprio in ambito di demansionamento, ha ottenuto così un formale riconoscimento da parte della giurisprudenza.

Anzitutto, annoverandolo tra i tipi di pregiudizio potenzialmente derivanti dalla violazione dell'art. 2103 c.c., le Sezioni Unite colgono l'occasione per ribadire la configurabilità stessa del danno esistenziale, contestata da alcune sentenze al fine di evitare eventuali locupletazioni a vantaggio del danneggiato, soprattutto a seguito della nuova ricostruzione del danno non patrimoniale, operata dalla Cassazione nel 2003²¹³.

In secondo luogo, la sentenza *de qua* fornisce un contributo significativo anche in ordine al contenuto di questa complessa voce di danno, definendolo come ogni pregiudizio che l'illecito datoriale provoca sul fare aredituale del soggetto, ossia come il danno all'identità professionale sul luogo di lavoro, all'immagine e alla vita di relazione e, più in generale, la lesione del diritto del lavoratore alla libera esplicazione della propria personalità nel luogo di lavoro, tutelato agli artt. 1 e 2 Cost. Si tratta, puntualizza il Collegio in linea con la giurisprudenza prevalente, dell'alterazione delle abitudini di vita e degli assetti relazionali del lavoratore, il quale viene, in tal caso, privato di occasioni per l'espressione e la realizzazione della sua persona nel mondo esterno²¹⁴.

²¹³ Sul punto, si veda diffusamente *supra*, capitolo I, par. 1.4.

²¹⁴ Cfr., *ex plurimis*, Cass., 27.04.2004, n. 7980, in *Mass.*, 2004, 7980. In questo senso, è evidente la continuità con le più volte citate sentenze nn. 8827 e 8828 del 2003 e con il successivo intervento della Consulta. (C. Cost., 11.07.2003, n. 233, cit.), la quale definisce il danno esistenziale come figura onnicomprensiva di tutti i danni alla persona, consistente, nella sua nozione più lata, nella compromissione delle attività realizzatrici della persona, cioè nella modificazione peggiorativa delle modalità attraverso le quali il soggetto esplica la propria personalità.

In terzo luogo, le Sezioni Unite hanno il merito di aver valorizzato e cercato di chiarire, soprattutto a fini probatori, le differenze del danno esistenziale rispetto al danno morale e al danno biologico²¹⁵.

La risarcibilità del danno biologico, è stato precisato, si sottrae alla prova testimoniale, documentale o presuntiva, giacché essa non può prescindere dall'accertamento medico-legale, mentre la sua quantificazione, stante l'uniformità dei criteri medico-legali applicabili alla lesione dell'integrità psico-fisica, è effettuata attraverso il sistema tabellare, senza necessità alcuna di precise indicazioni ed allegazioni ad opera del danneggiato.

Il danno esistenziale, invece, essendo legato indissolubilmente alla persona, non è passibile di determinazione secondo un sistema tabellare. Piuttosto, esso, a differenza anche del danno morale che attiene alla sfera emotiva e interiore del singolo, è oggettivamente accertabile attraverso l'allegazione, a cura esclusiva del soggetto danneggiato, di precise circostanze comprovanti l'adozione di scelte di vita diverse da quelle che sarebbero seguite in assenza dell'evento dannoso, a nulla rilevando la prova, di per sé sola, della dequalificazione, dell'isolamento e della forzata inoperosità. Ne consegue, alla luce del principio generale affermato dal Collegio a definizione del contrasto giurisprudenziale, che è onere esclusivo del lavoratore provare che il demansionamento ha prodotto, nella prospettiva dell'art. 1223 c.c., una perdita rappresentata dalla diminuzione o dalla privazione di un valore personale, non patrimoniale, alla quale il risarcimento del danno deve essere commisurato, seppure in via equitativa. Precisati gli oneri di allegazione, la sentenza *de qua* si sofferma, poi, sugli strumenti utilizzabili ai fini della prova del danno esistenziale, specificando come, trattandosi di un pregiudizio che attiene ad un bene immateriale, precipuo rilievo assuma la prova per presunzioni, su cui il convincimento

²¹⁵ Anche sotto questo profilo è evidente la continuità con la citata sentenza Cass., n. 8827/2003, che (come si è avuto modo di vedere diffusamente *supra*, capitolo I, par. 1.4.) ha ricostruito la struttura della responsabilità civile attraverso un sistema bipolare, distinguendo tra danno patrimoniale e non patrimoniale e riconducendo in quest'ultima categoria le distinte voci del danno biologico (lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psico-fisica), del danno morale soggettivo (transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima) e del danno esistenziale (lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona).

del giudice può fondarsi anche in via esclusiva²¹⁶, purché venga offerta, *ex art. 2727 c.c.*, una serie concatenata di fatti noti relativi al caso concreto, che consenta di risalire al fatto ignoto, cioè all'esistenza del danno. Indizi in tal senso rilevanti sono considerati, ad esempio, la durata e la gravità della dequalificazione, il grado di pubblicità della medesima all'interno e all'esterno dell'azienda, la frustrazione di precisate e ragionevoli aspettative di progressione professionale, gli effetti negativi sulle abitudini di vita dell'interessato.

Da questo punto di vista, la decisione presenta il merito di aver fornito una puntualizzazione delle tecniche che l'operatore del diritto deve utilizzare perché il principio di diritto da essa espresso possa ricevere concreta applicazione in sede contenziosa, evidenziando, così, come il pregiudizio subito dal lavoratore possa ottenere pieno ristoro, in tutti i suoi profili, anche senza considerarlo scontato aprioristicamente.

Ma, soprattutto, le Sezioni Unite hanno contribuito di fatto a confermare l'orientamento giurisprudenziale che, come visto, di recente si è mosso verso il riconoscimento, più o meno esplicito, della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, il quale ha trovato un terreno privilegiato proprio nell'area del rapporto di lavoro subordinato²¹⁷.

²¹⁶ Sulla possibilità di valersi in via esclusiva della prova per presunzioni v. Cass., 06.07.2002, n. 9834, in *Mass.*, 2002, 9834.

²¹⁷ Peraltro, va aggiunto che dopo l'esaminata pronuncia delle Sezioni Unite del marzo 2006, la Cassazione è tornata ad occuparsi del danno da demansionamento con alcune sentenze che, lette congiuntamente, compongono il mosaico delineato in materia dalla giurisprudenza degli ultimi anni. Le pronunce sono state depositate tra l'agosto e l'ottobre 2006 e trattano gli aspetti più salienti della "vicenda giudiziaria" del danno da demansionamento, di fatto confermandone la natura di danno non patrimoniale di fonte contrattuale. In particolare, si tratta delle sentt. Cass., 25.09.2006, n. 20804 e Cass., 15.09.2006, n. 19965 (entrambe in *Danno e Resp.*, 2007, f. 6, p. 669 e 671), le quali, riprendendo le medesime argomentazioni espresse dalle S.U. n. 6572/2006, confermano la distribuzione dell'onere probatorio tra lavoratore e datore di lavoro ivi enunciata e la possibilità dell'ampio ricorso alle presunzioni. Si segnala, poi, Cass., 02.08.2006, n. 17564, in *Danno e Resp.*, 2007, f. 6, p. 673, la quale, dopo aver ribadito che "la violazione del diritto del lavoratore all'esecuzione della propria prestazione è fonte di responsabilità risarcitoria del datore di lavoro, responsabilità che, peraltro, derivando dall'inadempimento di un'obbligazione, resta pienamente soggetta alle regole generali in materia di responsabilità contrattuale", aggiunge che "la responsabilità contrattuale deve essere esclusa quando possa ravvisarsi una causa giustificativa del comportamento del datore di lavoro connessa all'esercizio dei poteri imprenditoriali e quando l'inadempimento derivi da causa non imputabile all'obbligato, fermo restando l'onere della prova ai sensi dell'art. 1218 c.c." (nella specie, la progressiva privazione della possibilità di espletare le funzioni dirigenziali da parte del lavoratore era dipesa da fattori oggettivi, del tutto estranei alla sfera di volontà del datore di lavoro, ponendosi il demansionamento in diretta correlazione con la

3.4. Altre ipotesi giurisprudenziali in cui si riconosce il risarcimento di danni non patrimoniali per la violazione degli obblighi ex artt. 2087 e 2103 c.c.

La giurisprudenza, oltre a tipizzare alcune condotte datoriali come nel caso del *mobbing* o del demansionamento, ha poi riconosciuto la responsabilità contrattuale del datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 c.c. in una serie di ulteriori ipotesi in cui si è ravvisata la violazione dell'obbligo di tutela della salute e della personalità morale del lavoratore, con conseguente riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali.

Così, ad esempio, nel caso di **mancato godimento del riposo settimanale**, la giurisprudenza ha affermato che esso, comportando la violazione di un diritto costituzionalmente garantito (art. 36 Cost.) e legislativamente previsto (art. 2109 c.c.), si traduce sempre in un inadempimento del datore di lavoro agli obblighi derivanti dal contratto, integrati *ex lege* dal generale precetto di cui all'art. 2087 c.c., indipendentemente dal consenso del lavoratore allo svolgimento della prestazione²¹⁸. E' bene ricordare, infatti, che il riposo settimanale rientra tra i diritti costituzionalmente garantiti del lavoratore, esplicitamente qualificato come irrinunciabile dall'art. 36, III co., Cost.²¹⁹, in quanto

generale contrazione delle attività imprenditoriali dell'azienda, seguita dalla messa in liquidazione della stessa, cui era ovviamente conseguito il blocco di ogni attività). Infine, le Sezioni Unite sono nuovamente intervenute con la sent. Cass., S.U., 24.11.2006, n. 25033, in *Danno e Resp.*, 2007, f. 6, p. 665, questa volta per risolvere il problema dell'equivalenza delle mansioni, affermando che le c.d. "clausole di fungibilità", che la contrattazione collettiva abbia previsto per innestare elementi di flessibilità nella mobilità orizzontale in azienda, sono compatibili con il disposto di cui all'art. 2103 c.c. Infatti, "la dimensione individuale della garanzia dell'art. 2103 c.c. riguarda essenzialmente il rapporto lavoratore-datore di lavoro ed è ispirata ad un *favor lavoratoris*; laddove la dimensione collettiva può vedere, in una prospettiva diversa e più generale, il bilanciamento della sommatoria di tali garanzie individuali con le esigenze delle imprese.

²¹⁸ E' bene precisare che il mancato godimento del riposo settimanale va tenuto distinto dal suo mero differimento, il quale è considerato legittimo a condizione che: a) sia imposto dalla necessità di tutelare interessi apprezzabili; b) non venga snaturato o eluso, nel suo complesso, il rapporto tra sei giorni di lavoro ed uno di riposo; c) non vengano superati i limiti di ragionevolezza sia rispetto alle esigenze particolari derivanti dalla specialità del lavoro, sia rispetto alla tutela degli interessi del lavoratore, soprattutto per quanto riguarda la salute dello stesso. Sul punto, cfr.: Cass., 14.04.2001, n. 5592, in *Notiziario giur. lav.*, 2001, 759; Cass., 22.07.1995, n. 8014, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 591; Cass., 6.09.1991, n. 9409, in *Notiziario giur. lav.*, 1992, 209.

²¹⁹ L'art. 36 Cost. è unanimemente considerato dalla giurisprudenza come immediatamente precettivo ed inderogabile ad opera del contratto (individuale e collettivo) le cui clausole

previsto per assicurare l'effettività della tutela della salute psico-fisica del lavoratore ed in funzione di esigenze di recupero fisiologico e di tutela degli spazi di vita familiare e sociale²²⁰. Ne consegue, come ha evidenziato la Cassazione, che il mancato godimento di tali periodi costituzionalmente garantiti può cagionare al lavoratore un danno risarcibile di natura non patrimoniale, e cioè un danno alla salute o anche un danno esistenziale (variamente identificato, in questi casi, come danno da usura psico-fisica o alla vita di relazione o alle attività realizzatrici della persona). In particolare, una recente pronuncia²²¹ ha espressamente riconosciuto che il danno non patrimoniale “può in astratto derivare anche dalla violazione dello specifico obbligo di protezione dell'integrità psico-fisica del lavoratore, sancito dall'art. 2087 c.c. ad integrazione *ex lege* delle obbligazioni nascenti dal contratto di lavoro e la cui violazione è fonte di responsabilità contrattuale”. Partendo da queste premesse, la Suprema Corte ha riconosciuto “la sussistenza del diritto del lavoratore al risarcimento del danno alla salute e alla vita di relazione per aver prestato la propria opera in un giorno di riposo settimanale” e non è stato ravvisato alcun ostacolo di principio alla risarcibilità di tale pregiudizio, attinente alla dimensione non patrimoniale della persona, pur se derivante da un inadempimento contrattuale²²². La sentenza, inoltre, soffermandosi sul problema della prova del danno sofferto dal lavoratore in relazione al comportamento antigiuridico datoriale, si discosta dall'affermazione di un'automaticità della prestazione risarcitoria ed afferma invece che il pregiudizio di un diritto inviolabile della personalità deve essere allegato e provato da colui che invoca il risarcimento, sia pure con ampio ricorso alle presunzioni.

contrarie sarebbero “nulle per contrarietà a norme imperative o, più precisamente, per illiceità dell'oggetto (artt. 1418 e 1346 c.c.)”: così, a partire da Cass., 11.07.1996, n. 6327, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, I, 113; Cass., 26.08.1997, n. 8024, in *Guida lav.*, 1997, 5, 27; Cass., 26.01.1999, n. 704, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 389; Cass., 4.03.2000, n. 2455, *ivi*, 2001, 112.

²²⁰ Peraltro, a queste stesse finalità risponde anche la limitazione dell'orario di lavoro settimanale, così come disciplinata dal R.D. 15 marzo 1923, n. 629.

²²¹ Cass., sez. lav., 21.12.1998, n. 12763, in *Notiziario giur. lav.* 1999, 184.

²²² Nello stesso senso si è espressa anche Cass., sez. lav., 3.7.2001, n. 9009, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 1177.

A questo stesso contesto, peraltro, possono essere ricondotte anche le ipotesi di mancata fruizione del riposo annuale²²³, nonché di responsabilità del datore di lavoro che abbia costretto il proprio dipendente al c.d. “super-lavoro” impiegandolo nelle ore notturne. In particolare, una recente pronuncia della Cassazione²²⁴ ha riconosciuto in quest’ultimo caso il risarcimento del danno biologico e morale a favore del lavoratore ammalatosi di una patologia neurologica per aver costantemente prestato di notte la propria attività lavorativa. La pronuncia, inoltre, si sofferma sulla disciplina applicabile in caso di responsabilità datoriale per violazione dell’art. 2087 c.c. ed in essa è dato cogliere il richiamo, come fondamento normativo del risarcimento *de quo*, alle norme generali sulla responsabilità contrattuale: nel condannare il datore di lavoro al risarcimento dei danni non patrimoniali di fonte contrattuale, infatti, la Suprema Corte afferma che questi avrebbe dovuto rappresentarsi e prevedere la nocività del lavoro notturno, prefigurando, in tal modo, l’operatività dell’art. 1225 c.c. e quindi esplicitamente riconoscendo come referente normativo del danno non patrimoniale da inadempimento le disposizioni in materia di obbligazione.

In sostanza, dunque, la giurisprudenza ha ritenuto che la violazione dell’obbligo di riposo settimanale (e, comunque, una situazione di “super-lavoro” che non rispetti i necessari periodi di riposo cui ha diritto il lavoratore) dia luogo ad una responsabilità di natura contrattuale del datore di lavoro²²⁵; in conseguenza di tale responsabilità, è stato riconosciuto il

²²³ Infatti, quanto sin qui detto con riferimento al mancato riposo settimanale, può considerarsi riproposto in relazione alla mancata fruizione del riposo annuale, in quanto prevale ormai in giurisprudenza la tesi della natura risarcitoria dell’indennità sostitutiva (cfr., ad es., Cass., 21.2.2001, n. 2569, in *Guida lav.*, 2001, 14, 12; Cass., 5.05.2000, n. 5624, in *Guida lav.*, 2000, 27, 36), nonché, soprattutto, la consapevolezza che il diritto al riposo annuale attiene “all’integrità psico-fisica e, più in generale, agli interessi esistenziali del lavoratore” (così, Cass., 21.2.2001, n. 2569, cit.).

²²⁴ Cass., sez. lav., 05.05.2005, n. 9353, *Dir. e Giur.*, 2005, 26, 16.

²²⁵ La natura contrattuale della responsabilità in questione comporta che il termine di prescrizione del diritto al risarcimento sia quello decennale di cui all’art. 2946 c.c. In questo senso si è espressa chiaramente la giurisprudenza, secondo cui “nell’ipotesi in cui il lavoratore chieda in giudizio il risarcimento di un danno patito per l’effetto di un’inadempimento contrattuale del datore di lavoro (nella specie, danno da usura psico-fisica provocato dal mancato godimento del riposo settimanale), la tutela richiesta non riguarda prestazioni periodiche o aventi *causa debendi* continuativa, ma l’accertamento di un debito connesso e tuttavia di distinta natura, per il quale vale la regola generale della prescrizione nel termine ordinario decennale, e non la disciplina della prescrizione quinquennale dei crediti stabilita dall’art. 2948 c.c., né quella della prescrizione quinquennale del

diritto del lavoratore ad ottenere il risarcimento dei danni subiti²²⁶, i quali sono stati individuati sia nel danno biologico, qualora il lavoro abbia cagionato una vera e propria patologia medicalmente accertata, sia nel danno morale, qualora la violazione delle disposizioni di legge in merito al godimento del riposo, in particolare nel settore minorile, integri gli estremi di una fattispecie di reato, sia infine nel danno esistenziale²²⁷. Quest'ultima figura di danno, peraltro, è stata in questo contesto spesso identificata con il c.d. "danno da usura psico-fisica", con cui si è indicato il pregiudizio che il lavoratore subisce per il solo fatto della privazione del periodo di riposo e che da tale privazione automaticamente deriverebbe. Al riguardo, infatti, viene in alcuni casi precisato che il danno biologico da c.d. "superlavoro", che compromette il bene salute, deve essere distinto dal danno derivante *ex se* dal mancato riposo, definito "danno da usura psico-fisica" il quale, al contrario del primo, non richiederebbe alcuna manifestazione patologica essendo conseguenza immediata e diretta dello svolgimento senza pause della prestazione lavorativa. Da questa distinzione, un certo orientamento fa anche derivare un diverso rigore probatorio a carico del lavoratore. Si ritiene, infatti, che "in relazione al lavoro prestato oltre il sesto giorno

risarcimento del danno aquiliano di cui all'art. 2947 c.c.": Cass., sez. lav., 24.12.1997, n. 13039, in *Notiziario giur. lav.*, 1998, 102. In dottrina, nello stesso senso, cfr. Palla, *Delle conseguenze derivanti dal lavoro prestato nel giorno di riposo settimanale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, 48; si veda anche Rocchi, *Il regime prescrizione nell'ipotesi di danno per mancato godimento di riposo settimanale*, in *Giust. Civ.*, 2003, 4, 782.

²²⁶ Sul punto le pronunce giurisprudenziali, come visto, sono numerose. In esse, dopo che viene precisata la natura contrattuale della responsabilità *de qua*, si affronta anche il problema della quantificazione del danno non patrimoniale che ne deriva, individuando come criterio preferenziale quello dell'equità. Cfr., ad esempio, Cass., sez. lav., 7.3.2002, n. 3298, in *Foro It.*, I, 2576, secondo cui "l'attribuzione patrimoniale spettante al lavoratore per la perdita del riposo settimanale, avente natura risarcitoria di un danno (usura psico-fisica) correlato ad un inadempimento del datore di lavoro, deve essere stabilita dal giudice in concreto, secondo una valutazione che tenga conto della gravità delle varie prestazioni lavorative". Cfr. anche Cass., sez. lav., 26.1.1999, n. 704, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 389, che, dopo aver affermato che "il danno è di natura contrattuale perché correlato all'inadempimento del datore di lavoro", precisa che "la determinazione dell'entità di tale danno non deve essere effettuata in astratto, ma deve essere stabilita dal giudice di merito secondo equità". Nello stesso senso, per la giurisprudenza di merito, si veda Trib. Torino, 14.4.1998, in *Lav. Giur.*, 1998, 971.

²²⁷ Il danno esistenziale da soppressione del riposo settimanale viene costantemente collegato alla violazione dell'art. 36, III co. Cost., considerato immediatamente precettivo ed inderogabile ad opera del contratto di lavoro. Anche tale danno è, pertanto, considerato "di natura contrattuale" ovvero risulta "correlato all'inadempimento del datore di lavoro, il quale compie una scelta organizzativa in contrasto con norme imperative": così, Cass., 26.01.1999, n. 704, cit.; Cass., 7.03. 2002, n. 3928, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, f. 3.

consecutivo, un conto è il danno da usura psico-fisica, conseguente alla mancata fruizione del riposo dopo sei giorni di lavoro, ed un conto è il danno biologico, che si concretizza invece in un'infermità del lavoratore determinata dall'attività lavorativa usurante svolta in conseguenza di un continuo lavoro non seguito dai riposi settimanali. Nella prima ipotesi, l'andamento del danno deve ritenersi presunto e il risarcimento può essere determinato spontaneamente, in via transattiva, dal datore di lavoro con il consenso del lavoratore, mediante ricorso a maggiorazioni o compensi previsti dal contratto collettivo o individuale per altre voci retributive. Nella seconda ipotesi, invece, il danno biologico non può essere ritenuto presuntivamente sussistente, ma deve essere dimostrato sia nella sua sussistenza e sia nel suo nesso eziologico, a prescindere dalla presunzione di colpa insita nella responsabilità nascente dall'illecito contrattuale²²⁸. Tuttavia, esiste anche un più rigoroso orientamento secondo cui "l'usura psico-fisica, trattandosi di conseguenza solo possibile e non necessaria, derivante dalla mancata fruizione del riposo settimanale dopo sei giorni lavorativi, deve essere di volta in volta provata, non sussistendo al riguardo una presunzione *iuris et de iure*"²²⁹; spetta quindi al lavoratore, che assume di aver subito un danno da usura in dipendenza del lavoro prestato in un giorno di riposo, allegare il pregiudizio concreto, biologico o esistenziale, riportato²³⁰. Una ricostruzione, quest'ultima, che appare in effetti condivisibile, anche perché l'espressione "danno da usura psico-fisica" è di per sé equivoca, sia perché troppo vicina al danno all'integrità psico-fisica (cioè al, diverso, danno biologico) sia perché descrive sostanzialmente un fenomeno, cioè l'usura derivante dalla eccessiva prestazione di lavoro senza godere del riposo. Appare quindi preferibile adottare una differente distinzione, basata sulle figure del danno biologico e del danno c.d. esistenziale, inteso come compromissione delle attività realizzatrici della persona derivante dalla

²²⁸ Cass., sez. lav., 4.3.2000, n. 2455, in *Dir. e Giur.*, 2000, 52. In dottrina, nello stesso senso, cfr. De Fazio, *Appunti sul risarcimento del danno da superlavoro*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 1, 112; Lanotte, *Ferie e riposo settimanale non goduti, tra tutela della salute e danno presunto da usura psico-fisica*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, 823.

²²⁹ App. Milano, 16.3.2001, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, 472.

²³⁰ Cass., 3.7.2001, n. 9009, cit.

privazione del riposo²³¹, pure per il quale è sempre necessario fornire la prova in concreto, eventualmente anche tramite ricorso alle presunzioni.

La giurisprudenza ha poi individuato un'altra fonte della responsabilità datoriale nel c.d. **danno da stress**, consistente in un pregiudizio esistenziale e/o biologico subito dal lavoratore in conseguenza dell'inadempimento del datore rispetto agli obblighi di protezione di cui all'art. 2087 c.c. Si è precisato che "poiché qualsiasi attività lavorativa è di per sé fonte di stress, in tanto è possibile ritenere il datore di lavoro responsabile della malattia, ex art. 2087 c.c., per mancata adozione delle misure idonee a preservare l'integrità psico-fisica del dipendente, in quanto sia individuabile una responsabilità dell'imprenditore nel determinare lo stress, conseguente alla violazione di un obbligo su di lui gravante e scaturente dal rapporto di lavoro"²³². Alla luce di ciò, è stato affermato che "il prestatore di lavoro che, nello svolgimento della propria attività lavorativa, si trova ad operare in una situazione di estremo disagio e di continua tensione psicologica, dovuta a deficienze organizzative che hanno comportato notevoli disservizi e che hanno costretto a far fronte alle innumerevoli carenze, ha diritto ad ottenere, dal datore di lavoro che, in violazione degli obblighi previsti dall'art. 2087 c.c., non dimostra di aver predisposto tutte le misure idonee a tutelare l'integrità psico-fisica del lavoratore e a garantire allo stesso un ambiente meno nocivo, il risarcimento del danno da stress subito (danno biologico)"²³³. Una situazione di stress, quindi, può essere fonte di un danno biologico, quando il fenomeno di disagio psico-fisico è in grado di interferire sulle condizioni di salute dell'individuo, cagionando vere e proprie patologie, ma può determinare anche di un danno c.d. esistenziale, qualora dallo stress derivi una compromissione delle attività realizzatrici della persona, alterandone la qualità della vita. Di questi danni, il datore di lavoro è stato chiamato a rispondere a titolo di responsabilità contrattuale e si tratta, dunque, di

²³¹ In particolare, si tratterebbe di tutte quelle conseguenze ricollegabili alla mancata possibilità di svolgere attività di svago, ricreative, ecc (che non si sono potute tenere a causa della privazione del riposo settimanale), nonché della sofferenza emotiva o psichica, non integrante gli estremi di un danno alla salute.

²³² App. L'Aquila, 9.1.2003, in *Nuovo Dir.*, 2003, 646.

²³³ Trib. Roma, 21.6.2001, in *Lav. Giur.*, 2002, 291.

ulteriori ipotesi di danno non patrimoniale da inadempimento di fatto ritenuto risarcibile dalla giurisprudenza.

Analogamente, la giurisprudenza ha riconosciuto al lavoratore il diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali nei casi di illegittimo trasferimento e di illegittimo licenziamento, ravvisandovi delle fattispecie di responsabilità contrattuale del datore di lavoro, ai sensi degli artt. 2087 c.c. e 2103 c.c.²³⁴

In particolare, il **trasferimento illegittimo**, che ricorre in caso di variazione della sede ove viene prestata l'attività professionale, e non in caso di semplice spostamento da un settore all'altro di produzione²³⁵, può sicuramente essere fonte di un danno non patrimoniale per il lavoratore, comportando un cambiamento della sua residenza, l'allontanamento dagli affetti e, più in generale, una compromissione della sua qualità di vita. Pertanto, "qualora venga adottato a carico di un lavoratore un provvedimento di trasferimento che sia giudizialmente riconosciuto come illegittimo, in quanto non adeguatamente giustificato, a norma dell'art. 2103 c.c., da comprovate ragioni tecniche, organizzative o produttive, il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno (esistenziale), oltre che ad essere riammesso presso la sua precedente sede di lavoro"²³⁶.

Quanto all'**illegittimo licenziamento**, anch'esso è stato considerato dalla giurisprudenza idoneo a cagionare al lavoratore un pregiudizio alla salute o una compromissione delle capacità realizzatrici della persona, con la conseguenza che è stato riconosciuto al lavoratore il diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali, affermando la responsabilità contrattuale del datore di lavoro, ancora una volta sulla base del disposto di cui all'art. 2087 c.c.. In un primo tempo, tuttavia, la giurisprudenza riconosceva la risarcibilità del danno non patrimoniale solo nel caso di licenziamento ingiurioso. Si affermava, infatti, che "qualora sia stata

²³⁴ Peraltro, sia il trasferimento sia il licenziamento illegittimi possono anche inserirsi in un più ampio contesto vessatorio ed essere perciò sintomatici del fenomeno del *mobbing*. In pratica, anche nel solo trasferimento o licenziamento illegittimi è insito un danno non patrimoniale, che, pertanto, sarà risarcibile *ex se* ove costituisca un episodio del tutto autonomo ed isolato, oppure sarà una componente del danno non patrimoniale da risarcire nell'ambito di un più ampio fenomeno vessatorio.

²³⁵ In questo senso, cfr., ad esempio, Pret. Napoli, 7.2.1996, in *Foro Nap.*, 1996.

²³⁶ Cass., sez. lav., 1.7.2002, n. 9530, in *Notiziario giur. lav.*, 2002, 655.

accertata l'illegittimità del licenziamento, il danno non patrimoniale è risarcibile nei casi in cui il provvedimento espulsivo, per la forma e la modalità della sua adozione e per le conseguenze morali e sociali che ne derivano, rappresenti un atto ingiurioso, cioè lesivo del decoro, della dignità o dell'onore del lavoratore licenziato; tale carattere di ingiuriosità del licenziamento non si identifica con la mera mancanza di giustificazione dello stesso e va rigorosamente provato da chi lo adduce²³⁷. In sostanza, non si rinveniva nessun danno non patrimoniale nel licenziamento in sé, ma solo nell'offesa cagionata con un comportamento ingiurioso²³⁸. Tuttavia, soprattutto a seguito dell'affermarsi della categoria del danno esistenziale, si è iniziato ad attribuire rilevanza anche al licenziamento illegittimo *tout court*, il quale pure è considerato fonte di danno non patrimoniale risarcibile²³⁹; in particolare, si è evidenziata l'importanza del peggioramento della qualità di vita del lavoratore e delle ripercussioni negative sul piano psichico ed emotivo. In effetti, i danni determinati al lavoratore da un licenziamento illegittimo sono molteplici e non solo di natura patrimoniale e ciò sembra un dato ormai acquisito e fatto proprio dalla giurisprudenza gius-

²³⁷ Cass., sez. lav., 1.7.1997, n. 5850, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, 1099.

²³⁸ Peraltro, sussistono due diverse impostazioni giurisprudenziali circa la nozione di licenziamento ingiurioso. Secondo una tesi c.d. "sostanziale", è necessario porre l'accento sul contenuto del licenziamento. Così, ad esempio, si è affermato che "il licenziamento ingiurioso può consistere anche nel solo fatto di aver licenziato il dipendente per un fatto offensivo della sua dignità, rivelatosi poi insussistente" (cfr. Pret. Parma, 13.11.1995, in *Lav. Giur.*, 1996, 476; Trib. Milano, 23.5.1995, in *Osservat. giur. lav.*, 1998, I, 709; Cass., 1.4.1999, n. 3147, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, 653); oppure, sempre valorizzando il profilo sostanziale, si è evidenziato come anche il licenziamento comminato a fronte, ad esempio, di assenze del lavoratore in seguito ad un lutto o ad altri gravi eventi concernenti la sfera familiare, finisca per assumere una connotazione fortemente lesiva della stessa personalità morale del lavoratore (cfr., Pret. Ferrara, 25.11.1993, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 555; Pret. Bologna, 20.11.1990, in *Giur. It.*, 1991, I; in dottrina, v. Nunin, *Illeciti del datore e ricadute sul prestatore: profili psicologici, emotivi, psichiatrici*, in Cendon, a cura di, 2004, 1419). La diversa tesi c.d. "formale", invece, pone l'accento sulle modalità attraverso le quali il provvedimento di licenziamento è stato emesso: si afferma che "l'ingiuriosità del licenziamento consiste nella forma del provvedimento e nella pubblicità che venga eventualmente data ad esso e non consiste invece nel mero difetto di giustificazione o nella genericità della contestazione, essendo sempre necessaria la prova che tale licenziamento, per le forme adottate o per altre peculiarità, sia lesivo della dignità e dell'onore del lavoratore" (cfr., Cass., 14.5.2003, n. 7479, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, f. 5). Non mancano, comunque, pronunce che ritengono sufficienti sia l'uno che l'altro profilo al fine della configurabilità del licenziamento ingiurioso (v. Pret. Milano, 31.5.1999, in *Osservat. giur. lav.*, 1999, I, 465; Trib. Milano, 31.10.2001).

²³⁹ In dottrina, cfr., in questo senso, D'Auria, *Il licenziamento illegittimo del familiare*, in Cendon (a cura di), *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, 2004, 1431 e Di Domenico, *cit.*, 2002, 7.

lavoristica, la quale evidenzia come, al danno alla salute psico-fisica, si aggiunge lo sconvolgimento delle relazioni familiari e sociali e, pertanto, un conseguente peggioramento della qualità della vita; danni, questi, che sono stati considerati risarcibili in forza della responsabilità contrattuale del datore di lavoro²⁴⁰.

Anche nel caso di illecita **irrogazione o contestazione di sanzione disciplinare** la giurisprudenza ha ravvisato una fonte di danni non patrimoniali risarcibili a titolo di responsabilità contrattuale del datore di lavoro. Le conseguenze derivanti dall'adozione o dalla proposizione di procedimenti disciplinari possono essere varie. Talvolta si può verificare la compromissione della salute psico-fisica del lavoratore, che, se medicalmente accertata, produce un danno biologico risarcibile. La voce di danno più frequentemente risarcita, comunque, è rappresentata dalla lesione esistenziale: è indubbio, infatti, che la qualità di vita del lavoratore ingiustamente incolpato o condannato venga fortemente alterata, sia nell'ambito lavorativo che, eventualmente, in quello extra-lavorativo, anche a seguito di una lesione all'immagine. Così, si è ritenuto che già la semplice "divulgazione a terzi, da parte dell'amministrazione datrice di lavoro, di una contestazione disciplinare, oltretutto non seguita da pari divulgazioni del provvedimento di archiviazione del procedimento disciplinare con essa iniziato, lede il diritto di difesa e l'immagine professionale e pubblica del dipendente, in violazione dell'art. 2087 c.c.; il relativo danno esistenziale deve essere liquidato in via equitativa tenendo conto della posizione lavorativa occupata dal danneggiato e della rilevanza pubblica delle mansioni svolte"²⁴¹. Allo stesso modo, la giurisprudenza ha ritenuto illegittima per violazione dei diritti della persona tutelati dal Titolo I dello Statuto dei Lavoratori e dall'art. 2087 c.c., la condotta datoriale consistente nel c.d. accanimento disciplinare, ossia nella ripetuta ed immotivata

²⁴⁰ Cfr., da ultimo, Trib. Pinerolo, 3.3.2004, che ha evidenziato come l'illegittimo licenziamento è meritevole non solo di un ristoro patrimoniale, in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, ma anche alla *pecunia doloris* ed al danno esistenziale "e ciò, d'altronde, non risulta escluso dal citato art. 18, il quale, infatti, non deroga, se non entro limiti ben circoscritti, alle ordinarie norme sul risarcimento del danno da inadempimento contrattuale".

²⁴¹ Trib. Milano, 21.8.2002, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, 916.

irrogazione di sanzioni e licenziamenti disciplinari e nell'adozione di misure eccezionali di controllo individuale, qualora tale condotta abbia causato al lavoratore un temporanea stato di disagio nevrotico, clinicamente apprezzabile anche se non sfociato in specifica malattia psichica²⁴²

Infine, una copiosa giurisprudenza si è occupata della responsabilità del datore di lavoro per **molestie sessuali** subite dal dipendente sul luogo di lavoro²⁴³. Si è ritenuto che la lesività nei confronti del lavoratore di una condotta molesta, dal punto di vista sessuale, consente di addebitare la responsabilità in capo al datore di lavoro anche qualora la condotta sia posta in essere da un altro lavoratore²⁴⁴. Il riferimento normativo viene, ancora una volta, individuato nell'art. 2087 c.c. che, come visto, impone precisi limiti a carico del datore di lavoro a tutela della salute e della dignità del lavoratore. Così, "l'imprenditore, cui sia noto il compimento di molestie sessuali nell'ambito dell'impresa, è tenuto ad intervenire adottando tutte le misure, anche di natura disciplinare o organizzativa, necessarie a garantire la tutela dei dipendenti"²⁴⁵. E' stato allora ritenuto "legittimo il licenziamento irrogato al dipendente che abbia molestato sessualmente una collega di lavoro: le molestie sessuali sul luogo di lavoro, incidendo sulla salute e sulla serenità (anche professionale) del lavoratore, comportano l'obbligo di tutela a carico del datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 c.c., che gli impone di adottare tutti i provvedimenti a tal fine idonei, tra i quali può certamente ricomprendersi anche l'eventuale licenziamento dell'autore delle molestie sessuali"²⁴⁶. Di conseguenza, il datore viene condannato al risarcimento dei danni non patrimoniali in solido con l'autore delle molestie sessuali, laddove non abbia agito secondo gli obblighi imposti dalla norma

²⁴² Si veda, in particolare, Trib. Milano, 14.12.1995, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1996, 463.

²⁴³ In dottrina, si veda Pizzoferrato, *Molestie sessuali sul lavoro. Fattispecie giuridiche e tecniche di tutela*, Padova, 2000.

²⁴⁴ Ovviamente, perché possa parlarsi di una molestia nell'ambito del rapporto di lavoro, è necessario che la condotta venga posta in essere in occasione di tale rapporto o nello svolgimento di esso; pertanto, solo qualora il comportamento sia collegato con il rapporto di lavoro in senso cronologico e funzionale, l'illecito sarà riferibile anche al datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 c.c.

²⁴⁵ In questi termini, Trib. Milano, 28.12.2002, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, 371. Da ultimo, si veda anche Cass., sez. lav., 08.03.2005, n. 4959, in *Lav. Giur.*, 2005, 939.

²⁴⁶ Cass., sez. lav., 18.4.2000, n. 5049, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 511.

citata²⁴⁷. Anche in questo caso si tratta, dunque, di un'ulteriore ipotesi di danni non patrimoniali da inadempimento contrattuale, ritenuti risarcibili dalla giurisprudenza, la quale esplicitamente afferma che “la responsabilità solidale del datore di lavoro con il dipendente che abbia effettuato molestie sessuali ai danni di altro dipendente ha natura contrattuale, derivando dalla violazione dell'art. 2087 c.c., e comprende anche i danni non patrimoniali”²⁴⁸. In particolare, sono stati ritenuti risarcibili sia il danno morale²⁴⁹, qualora la molestia sessuale rappresenti anche un'ipotesi di reato, sia il danno biologico²⁵⁰, qualora ne sia derivata una patologia medicalmente accertata, sia infine il danno esistenziale²⁵¹.

²⁴⁷ Cfr., ad es., Trib. Milano, 30.1.2001, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, 483, ove si legge che “anche il datore di lavoro, che, posto a conoscenza della condotta del preposto, non abbia agito secondo gli obblighi a lui imposti dall'art. 2087 c.c., va condannato, in solido, al risarcimento del danno”.

²⁴⁸ Trib. Milano, 21.4.1998, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1998, 957.

²⁴⁹ Cfr. Pret. Milano, 27.05.1996, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, 157, secondo cui “alla lavoratrice vittima di molestie sessuali spetta il risarcimento del danno morale, da liquidarsi in via equitativa, di cui sono responsabili in solido ai sensi degli artt. 2087, 2043 e 2049 c.c., sia l'autore dell'illecito che la società datrice di lavoro”.

²⁵⁰ Cfr., ad esempio, Cass., sez. lav., 08.01.2000, n. 143, in *Studium Juris*, 2000, 594, secondo cui “le molestie sessuali commesse dal datore di lavoro o dai suoi stretti collaboratori nei confronti di lavoratori gerarchicamente subordinati costituiscono condotte idonee a ledere la personalità morale e, in conseguenza, l'integrità psico-fisica dei lavoratori che le abbiano subite”.

²⁵¹ Cfr. Trib. Pisa, 03.10.2001, in *Riv. giur. lav.*, 2002, II, 314, secondo cui “datore di lavoro è ritenuto responsabile, in solido con il molestatore, del danno esistenziale patito dal dipendente”.

CAPITOLO QUARTO

IL DANNO DA INADEMPIMENTO NEL SETTORE SANITARIO

4.1. Il problema dell'inquadramento giuridico: la responsabilità da "contatto sociale" del medico e la configurabilità di un'autonoma responsabilità contrattuale della struttura ospedaliera.

Un altro rilevante ambito in cui la giurisprudenza è di recente pervenuta all'individuazione di danni non patrimoniali legati a forme di responsabilità di natura contrattuale è rappresentato dal mondo della sanità²⁵².

Anche in questo settore, i giudici hanno affermato la risarcibilità dei danni in questione spesso passando attraverso la regola del cumulo o concorso di azioni, sostenendo che sugli operatori sanitari grava una duplice responsabilità: ai sensi dell'art. 2043 c.c. essi sono vincolati al generale principio del *neminem laedere*, mentre in base all'art. 1218 c.c. su di essi grava (anche) una responsabilità contrattuale. Rinviando a quanto già rilevato in ordine alla totale assenza di basi dogmatiche idonee a giustificare siffatta ricostruzione²⁵³, ispirata più che altro all'esigenza di offrire una più ampia tutela ai diritti personali del danneggiato, si osserva anche in questa sede come, in ogni caso, sia proprio attraverso l'affermazione di una responsabilità contrattuale che concorre con quella aquiliana, che la giurisprudenza è giunta di fatto a riconoscere il risarcimento di danni non patrimoniali da inadempimento del medico.

²⁵² In dottrina si veda, per un quadro generale, Stanzione-Zambrano, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998; Nocco, *La responsabilità medica e le regole giurisprudenziali*, in Comandè-Turchetti (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, Padova, 2004; Scalisi, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*, in *Danno e Resp.*, 2007, f. 10, 965.

²⁵³ Si vedano *supra*, capitolo III, paragrafi 3.2. e 3.3., nonché, più in generale, capitolo II, paragrafo 2.2.

Peraltro, va precisato che il problema della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento per responsabilità degli operatori sanitari viene a complicarsi ulteriormente nell'ipotesi, particolarmente frequente, in cui l'attività medica sia realizzata nell'ambito di una struttura ospedaliera.

In linea generale, si può affermare che, a seguito delle recenti acquisizioni giurisprudenziali, al duplice titolo di responsabilità ricondotte in capo al medico (contrattuale ed extra-contrattuale), viene ad aggiungersi anche la responsabilità contrattuale della struttura medesima²⁵⁴.

A tal riguardo, si pongono tuttavia due fondamentali questioni in ordine all'inquadramento giuridico delle rispettive responsabilità del medico e della struttura sanitaria: si tratta, cioè, da un lato di verificare se sia possibile configurare come contrattuale la responsabilità del medico dipendente da un ente ospedaliero, nonché, dall'altro lato, se sia ipotizzabile un'autonoma responsabilità (contrattuale) dell'ente stesso, per insufficiente o inidonea organizzazione, che prescinda dalla responsabilità o dall'eventuale mancanza di responsabilità del medico.

Quanto al primo profilo, va evidenziato che la responsabilità del medico assume particolari connotati nel caso in cui questi sia inserito quale dipendente all'interno di una struttura sanitaria (pubblica o privata)²⁵⁵.

²⁵⁴ In dottrina, cfr. Breda, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria*, in *Danno e Resp.*, 2006, f. 10, 953.

²⁵⁵ E' indifferente, a tal fine, la natura pubblica o privata della struttura in cui opera il medico, in quanto il problema del tipo di responsabilità del medico sorge in ogni caso in cui questi sia incardinato quale dipendente all'interno della struttura ospedaliera e, quindi, quando non sia egli stesso a stipulare direttamente il contratto con il paziente. Viceversa, *nulla questio* nell'ipotesi in cui il medico operi nell'ente ospedaliero come libero professionista scelto dal cliente, con il quale ha concluso il contratto, e che semplicemente si avvalga di un locale e/o delle attrezzature messe a disposizione dalla clinica privata: qui, infatti, non vi è dubbio che il medico sia chiamato a rispondere di eventuali danni nei confronti del paziente a titolo di responsabilità contrattuale. A tal riguardo, semmai, si poneva la differente questione relativa all'eventuale responsabilità della clinica, in caso di danni al paziente, la quale si sia limitata a dare in locazione la propria sala operatoria e/o a mettere a disposizione il proprio personale ausiliario. Attualmente, comunque, l'orientamento giurisprudenziale prevalente è nel senso di considerare come autonomo il rapporto contrattuale tra struttura ospedaliera (pubblica o privata che sia) e paziente, affermando la possibilità di ipotizzare una responsabilità della clinica sulla base del c.d. "contratto di ospedalità" intercorso con il paziente, prescindendosi dall'eventuale responsabilità del medico ed indipendentemente dal fatto che il paziente si sia rivolto direttamente ad una struttura sanitaria del Servizio Sanitario Nazionale, o convenzionata oppure ad una struttura privata o se, invece, si sia rivolto ad un medico di fiducia che ha effettuato l'intervento presso una struttura privata. Così, si sono da ultimo espresse anche le Sezioni Unite, con la sentenza 11.01.2008, n. 577; sul punto, comunque, si veda più diffusamente *infra*, nel medesimo paragrafo.

Ferma restando, infatti, la responsabilità contrattuale di quest'ultima, con cui direttamente il paziente stipula il contratto di ricovero o, più in generale, di assistenza sanitaria²⁵⁶, si è posto il problema della possibilità di chiamare anche il medico a rispondere dei danni nei confronti del paziente e, in caso di risposta affermativa, del titolo in virtù del quale questi ne è responsabile.

Sul punto si era formato un orientamento giurisprudenziale²⁵⁷ secondo cui l'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comportava la conclusione di un contratto d'opera professionale esclusivamente tra il paziente e l'ente ospedaliero, il quale assumeva così a proprio carico l'obbligazione di compiere l'attività diagnostica e/o terapeutica; il medico dipendente, invece, che non partecipa al predetto rapporto contrattuale e provvede allo svolgimento della sua attività quale mero organo dell'ente ospedaliero, si riteneva dovesse rispondere solo a titolo di responsabilità extra-contrattuale, con conseguente prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento dei danni e con relativa applicazione del più gravoso regime probatorio nei confronti del paziente²⁵⁸.

A questa impostazione, che appare in realtà criticabile sotto diversi profili²⁵⁹, si è iniziata a contrapporre una differente ricostruzione secondo

²⁵⁶ La Cassazione, infatti, ha costantemente inquadrato la responsabilità della struttura sanitaria nella responsabilità contrattuale, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini di un ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto: si vedano, da ultimo, Cass. n. 1698/2006; Cass., n. 9085/2006; Cass., 28.05.2004, n. 10297, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, f. 5; Cass., 21.07.2003, n. 11316, *ivi*, 2003, f. 7-8; Cass., 14.07.2003, n. 11001, *ibidem*; Cass., 11.03.2002, n. 3492, *ivi*, 2002, f. 3.

²⁵⁷ Cfr., tra le tante, Cass., 13.03.1998, n. 2750, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, f. 3; Cass., 26.03.1990, n. 2428, *ivi*, 1990, f. 3; Cass., 08.03.1979, n. 1716, *ivi*, 1979, f. 3; Cass., 21.12.1978, n. 6141, *ivi*, 1978, f. 12.

²⁵⁸ Peraltro, questo orientamento riteneva che la extra-contrattualità dell'illecito del medico dipendente non fosse di ostacolo all'applicazione analogica dell'art. 2236 c.c.; ciò, sulla base del fatto che la *ratio* di questa norma consiste nella necessità di non mortificare l'iniziativa del professionista nella risoluzione dei casi di particolare complessità e, pertanto, essa va applicata indipendentemente dalla qualificazione della responsabilità: cfr., Cass., 18.11.1997, n. 11440, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, f. 11; Cass., S.U., 06.05.1971, n. 1282, *ivi*, 1971, f. 5.

²⁵⁹ In primo luogo, la suddetta ricostruzione non sembra condivisibile nel momento in cui equipara il medico curante, dipendente da una struttura sanitaria, al *quisque de populo* che si ingerisce nella sfera giuridica altrui provocando un evento dannoso: infatti, una volta che il medico viene designato, in virtù del consenso prestatato dal paziente si instaura un rapporto che fa sorgere in capo al medico i medesimi obblighi che sarebbero derivati dalla conclusione del contratto. Inoltre, la responsabilità extra-contrattuale del medico, intesa come obbligo di *neminem laedere*, dovrebbe essere configurabile – secondo le regole generali – solo quando il medico è causa di un peggioramento della situazione del paziente e non semplicemente quando il medico non soddisfa l'aspettativa del paziente (ipotesi tipica di un inadempimento contrattuale); senonchè, anche questo secondo caso veniva

cui ha natura contrattuale di tipo professionale non solo la responsabilità dell'ente ospedaliero, gestore di un servizio pubblico sanitario, ma anche quella del medico suo dipendente per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica²⁶⁰. L'argomentazione principale utilizzata da questo orientamento si basava sul principio dell'immedesimazione organica: si riteneva che, oltre alla responsabilità diretta della struttura con cui il paziente stipula il contratto, si potesse configurare anche un'analoga responsabilità diretta del medico dipendente, basata sull'art. 28 Cost. In relazione a tale norma, che consentirebbe di estendere la responsabilità dal singolo medico alla struttura in cui esso si incardina e che tramite esso agisce, si dovrebbe concludere che entrambi i soggetti sono responsabili nei confronti del paziente e che le due responsabilità avrebbero entrambe radice nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria del medico all'interno della struttura sanitaria. Pertanto, in virtù di questa comune radice, la responsabilità del medico dipendente sarebbe, al pari di quella dell'ente, di tipo professionale contrattuale, con la conseguenza che ad essa andrebbero applicate analogicamente le norme che regolano l'esecuzione di un contratto d'opera professionale.

Va tuttavia evidenziato che una tale ricostruzione, pur avendo avuto senza dubbio il merito di inquadrare la responsabilità del medico dipendente nell'ambito contrattuale, non era stata in grado di spiegarne compiutamente il fondamento, consentendo solo di configurare la natura "diretta" della stessa. Un significativo contributo in questo senso, invece, è stato offerto dalla nota sentenza della Cassazione n. 589/1999²⁶¹, la quale ha

inspiegabilmente ricondotto nell'art. 2043 c.c. e considerato fonte di responsabilità (extra-contrattuale) del medico. Infine, si può riscontrare altresì l'incongruente applicazione analogica dell'art. 2236 c.c., dettato con riferimento alla responsabilità contrattuale, che questo orientamento ammetteva per la responsabilità del medico nonostante quest'ultima venisse appunto ricondotta nella sfera aquiliana.

²⁶⁰ Questo secondo orientamento, inizialmente minoritario, è stato inaugurato alla fine degli anni ottanta da Cass., 01.03.1988, n. 2144, in *Giust. Civ. Mass.*, 1988, f. 3, ed è stato poi ribadito da: Cass., 11.04.1995, n. 4152, *ivi*, 1995, f. 4; Cass., 27.05.1993, n. 5939, *ivi*, 1993, f. 5; Cass., 01.02.1991, n. 977, *ivi*, 1991, f. 2.

²⁶¹ La sentenza Cass., 22.01.1999, n. 589 è stata variamente commentata: in *Corr. Giur.*, 1999, f. 4, p. 441 con nota di Di Majo; in *Danno e Resp.*, 1999, 294 con nota di Carbone; in *Giust. Civ.*, 1999, I, 1003 con nota di Giacalone; in *Foro It.*, 1999, I, c. 3333 con nota di Ciommo e di Lanotte; in *Contratti*, 1999, 1007 con nota di Guerinoni; in *Giur. mer.*, 1999,

completamente innovato le precedenti ricostruzioni giurisprudenziali in materia di responsabilità medica, applicando a questo campo la nozione di responsabilità “da contatto sociale” elaborata da un’autorevole dottrina italiana²⁶². Il punto di partenza della pronuncia è la considerazione secondo cui le obbligazioni possono sorgere da “rapporti contrattuali di fatto” quando “taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali e pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a tutelare gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso”. Si precisa, quindi, che “in questi casi non può esservi (solo) responsabilità aquiliana, poiché questa non nasce dalla violazione di obblighi, ma dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui; quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale”²⁶³. Ebbene, è chiaro che la situazione appena descritta ricorra proprio nell’ipotesi di responsabilità del medico dipendente da una struttura

IV, 1148 con nota di DeRosa; in *Resp. civ. prev.*, 1999, 661 con nota di Forziati; in *Giur. It.*, 2000, I, 1, c. 741 con nota di Pizzetti.

²⁶² Ci si riferisce, in particolare, al contributo offerto da Castronovo, *L’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997. Più precisamente, si parla di “rapporto contrattuale di fatto basato su un contatto sociale qualificato” quando, pur in assenza di un contratto formalmente stipulato tra le parti, nasce tra esse un vincolo che va al di là del semplice dovere di *neminem laedere*, dovendosi collaborare al fine di realizzare le aspettative ingenerate nella controparte dall’avvenuta ingerenza nella sua sfera giuridica, con la conseguente applicazione della disciplina contrattuale. Si tratta, perciò, di “rapporti modellati secondo il contenuto di un determinato contratto tipico, che non scaturiscono da atti di autonomia privata, ma da fatti socialmente rilevanti” (così, Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 39) e che, per questo, vengono anche definiti “obbligazioni senza prestazioni”. Tale fattispecie, mutuata dall’ordinamento tedesco, è approdata per la prima volta in Cassazione nel 1999 con la citata sentenza n. 589. In dottrina, tra i contributi relativi all’obbligazione da contatto sociale anteriori alla sentenza, si segnalano, oltre al già citato contributo di Castronovo, anche: Roppo, *Il contatto sociale e i rapporti contrattuali di fatto*, in Bessone (a cura di), *Casi e questioni di diritto privato*, Milano, 1993; Busnelli, *Itinerari europei nella “terra di nessuno tra contratto e fatto illecito”*, in *Contr. e Impr.*, 1991, 546. Di recente, cfr. Guerinoni, *Contatto sociale e responsabilità contrattuale della Asl*, in *Contratti*, 2005, 975; Sarica, *Il contatto sociale tra le fonti della responsabilità civile*, in *Contr. Impr.*, 2005, 97; Faillace, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004; Di Majo, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 1.

²⁶³ Come precisa la S.C., in virtù della figura del contatto sociale qualificato è possibile dissociare la fonte (un fatto diverso dal contratto), dall’obbligazione (contrattuale) consequenziale, talchè quest’ultima può essere soggetta alle regole proprie delle obbligazioni contrattuali pur se il fatto generatore non è il contratto.

sanitaria pubblica, per i danni cagionati al paziente. Infatti, “nei confronti del medico, dipendente ospedaliero, si configurerebbe pur sempre una responsabilità contrattuale nascente da un’*obbligazione senza prestazione* ai confini tra contratto e torto, in quanto, poiché sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall’arte che professa, il vincolo con il paziente esiste e la violazione di esso si configura come responsabilità contrattuale”. In altri termini, condivisibilmente si ritiene che sia *in re ipsa* all’attività professionale del medico l’esistenza di una serie di obblighi di comportamento nei confronti di chi (il paziente) fa affidamento su tale professionalità, pur in assenza di un formale contratto stipulato tra medico e paziente; è per questo che la Suprema Corte parla anche in questa ipotesi di “rapporto contrattuale di fatto”, basato su un contatto sociale connotato dall’affidamento che il paziente ripone nella professionalità del medico. Pertanto, la pur confermata assenza di un contratto e, quindi, di un obbligo di prestazione in capo al sanitario dipendente nei confronti del paziente, non è in grado di neutralizzare la professionalità che qualifica *ab origine* l’opera di quest’ultimo e che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha fatto affidamento, entrando in contatto con lui. Da tutto ciò consegue allora che “l’obbligazione del medico dipendente dal servizio sanitario per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul contatto sociale connotato dall’affidamento che il malato pone nella professionalità dell’esercente una professione protetta, ha natura contrattuale”²⁶⁴.

Si è trattato di un fondamentale approdo giurisprudenziale, il quale ha rappresentato l’inizio di una nuova ricostruzione della responsabilità medica

²⁶⁴ La S.C. precisa anche che “non si può criticare la definizione come contrattuale della responsabilità del medico dipendente di struttura sanitaria, limitandosi ad invocare la rigidità del catalogo delle fonti *ex art. 1173 c.c.*, che non consentirebbe obbligazioni contrattuali in assenza di contratto”. Al contrario, anzi, “la più recente ed autorevole dottrina ha rilevato che l’*art. 1173 c.c.*, stabilendo che le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico, consente di inserire tra le fonti principi, soprattutto di rango costituzionale (tra cui, con specifico riguardo alla fattispecie, può annoverarsi il diritto alla salute), che trascendono singole proposizioni legislative”. In pratica, proprio il carattere non tassativo dell’elencazione di cui all’*art. 1173 c.c.* consente di inserire tra le fonti delle obbligazioni anche il “contatto sociale qualificato”.

– seguita ora dalla prevalente giurisprudenza²⁶⁵ - e che incide non poco sull'argomento di cui si sta trattando, in quanto, inquadrando le ipotesi di colpa medica all'interno della sfera contrattuale, consente di ricondurre in tale ambito il risarcimento dei danni non patrimoniali riconosciuto dai giuridici; come si vedrà più avanti, si può così riscontrare che, pure in questi casi, la giurisprudenza ha ammesso la risarcibilità di danni alla persona indipendentemente dalla fonte e, dunque, dal fatto che essi derivino dall'inadempimento di un'obbligazione.

Per quanto concerne la seconda questione sopra sollevata, e cioè la configurabilità di un'autonoma responsabilità contrattuale dell'ente ospedaliero, essa nasce dall'esigenza di offrire al paziente una tutela quanto più ampia possibile per i danni alla propria persona subiti in sede di prestazioni mediche. E' proprio in quest'ottica che va interpretata la recente inversione di tendenza della giurisprudenza, con cui si è finalmente superata la tradizionale impostazione che correlava la responsabilità dell'ente al previo accertamento di una condotta colposa del singolo sanitario²⁶⁶.

Per lungo tempo, infatti, il legame contrattuale tra paziente e struttura ospedaliera è stato considerato e disciplinato sulla base dell'applicazione analogica delle norme in materia di contratto di prestazione d'opera intellettuale vigenti nel rapporto medico-paziente, con il conseguente e riduttivo appiattimento della responsabilità della struttura su quella del

²⁶⁵ Successivamente alla sent. Cass. n. 589/1999, numerose sono state le pronunce che hanno ricostruito la responsabilità medica in termini di contatto sociale qualificato. Tra le tante, cfr.: Cass. n. 9085/2006; Cass., 29.09.2004, n. 19564, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, f. 9; Cass., 21.06.2004, n. 11488, *ibidem*, f. 6; Cass., 28.05.2004, n. 10297, *ibidem*, f. 5. In senso contrario, invece, si è espressa C.App. Venezia, 16.06.2005, in *Danno e Resp.*, 2006, f. 3, p. 293, secondo cui ad eccezione dell'ipotesi di prestazione c.d. *intra moenia* (ove il paziente stipula il contratto direttamente con il medico), il medico dipendente di una struttura ospedaliera risponde dei danni solo a titolo extra-contrattuale, non essendo invece possibile configurare il sorgere di un rapporto contrattuale di fatto c.d. da "contatto sociale". La principale ragione addotta dalla Corte d'Appello è che "il contatto si verifica nel momento in cui l'utente del servizio si rivolge alla struttura sanitaria per riceverne il servizio dalla stessa offerto e a tale fase il sanitario che poi in concreto effettuerà la prestazione rimane sicuramente estraneo; pertanto, nel momento in cui si rivolge alla struttura, il paziente confida nella professionalità dell'intera struttura e non già del medico che in concreto opererà, il quale, peraltro, al momento del ricovero del paziente potrebbe ancora non essere stato designato a svolgere quel determinato intervento.

²⁶⁶ Cfr., tra le tante, Cass. n. 2144/1988, in *Resp. civ. prev.*, 1988, 992; Cass., 04.08.1987, n. 6707, in *Foro It.*, 1988, I, 1629; Cass. n. 1176/1979, in *Giust. Civ.*, 1979, I, 1440.

medico²⁶⁷, da cui derivava che il presupposto per l'affermazione della responsabilità contrattuale della struttura fosse sempre l'accertamento di un comportamento colposo del medico.

Era invece necessario spezzare il legame tra responsabilità dell'ente ospedaliero e colpa del singolo medico, aprendo così la strada alla possibilità di dichiarare la responsabilità contrattuale della struttura anche senza che sussistessero colpe imputabili al sanitario, il che poteva avvenire solo attraverso una riconsiderazione del rapporto paziente-struttura in termini di autonomia rispetto al rapporto paziente-medico. E' stato proprio questo il percorso seguito dalla giurisprudenza, che da ultimo è giunta a qualificare il suddetto rapporto come autonomo ed atipico contratto a prestazioni corrispettive - definito "contratto di ospedalità" o "contratto di assistenza sanitaria"²⁶⁸ - al quale si applicano le regole ordinarie sull'inadempimento fissate dagli artt. 1218 ss. c.c. Si tratta, in particolare, di un contratto sinallagmatico (che si reputa concluso al momento dell'accettazione del paziente presso l'ente), dal contenuto complesso, il quale si caratterizza causalmente per il fatto che l'obbligazione principale a carico dell'ente ospedaliero è quella di assicurare al paziente la prestazione chirurgica o medica richiesta, verso corrispettivo (che sarà pagato dal paziente o dalla sua assicurazione o dallo Stato), ed altresì per il fatto che tale obbligazione appare normalmente collegata con altri obblighi funzionali alla realizzazione della prestazione principale²⁶⁹. Infatti, in virtù di una

²⁶⁷ In questo modo, risultavano applicabili anche all'ente ospedaliero le norme in tema di prestazione d'opera professionale di cui agli artt. 2229 ss. c.c., ivi compresa la limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c. Questa impostazione non appare tuttavia condivisibile, in quanto la prestazione dell'ente non è connotata dal carattere della personalità, che invece denota la prestazione professionale. Inoltre, come si dirà più avanti, la prestazione dell'ente si caratterizza in modo peculiare per il fatto di comprendere anche obbligazioni strumentali ulteriori rispetto all'obbligazione principale.

²⁶⁸ Cfr., ad esempio, Iudica, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 3; Sanna, *Osservazioni critiche in tema di contratto di ospedalità*, *ivi*, 1998, 1552; Visintini, *I fatti illeciti*, 2, Padova, 1990 e, in giurisprudenza, già Cass., 01.03.1988, n. 2144, in *Giust. Civ. Mass.*, 1988, f. 3 e Cass., 09.01.1979, n. 119, *ivi*, 1979, f. 1.

²⁶⁹ Va precisato che di regola l'obbligazione principale del contratto atipico che intercorre tra il paziente e l'ente ospedaliero consiste nel fatto di fornire al paziente l'opera professionale posta in essere dai medici dipendenti dell'ente stesso. La clinica, pertanto, si considera direttamente responsabile dell'inadempimento dei propri medici dipendenti ai sensi dell'art. 1228 c.c. (è rimasta invece minoritaria l'impostazione secondo cui la clinica risponde dell'inadempimento del medico in base alla previsione di cui all'art. 28 Cost., nel

considerazione in termini di buona fede *ex art. 1175 c.c.* del rapporto instaurato con il contratto²⁷⁰, è possibile affermare che il debitore (l'ente ospedaliero) si assume, oltre all'obbligazione principale, pure una serie di obblighi strumentali, il cui inadempimento potrebbe determinare sia (addirittura) l'inadempimento dell'obbligazione principale, sia anche la violazione di interessi del paziente che debbono ritenersi egualmente protetti nel rapporto contrattuale, ancorché non dedotti espressamente ad oggetto di esso; con la conseguenza che la violazione di quegli interessi di cui il paziente è portatore comporta un non esatto adempimento del contratto da parte dell'ente.

Ebbene, tra questi obblighi strumentali si possono annoverare, a titolo esemplificativo, l'obbligo dell'ospedale di ricoverare il paziente nelle

sensu che la prestazione del medico dipendente sarebbe direttamente riferibile alla clinica per effetto del rapporto di immedesimazione organica). A norma del citato art. 1228 c.c., il debitore risponde dei fatti dolosi o colposi commessi dai suoi ausiliari nell'esecuzione della prestazione e sono considerati ausiliari tutti coloro di cui il debitore si avvale nell'adempimento dell'obbligazione, indipendentemente dalla natura del rapporto che ad esso li leghi. Di conseguenza, in giurisprudenza (cfr., ad es., Cass., 14.07.2004, n. 13066, in *Danno e Resp.*, 2005, f. 5, p. 537; Cass., 8.01.1999, n. 683, in *Resp. Civ. Prev.*, 1999, 683) non si ritiene necessario, ai fini della responsabilità dell'ente ospedaliero, che il medico sia legato all'ente da un contratto di lavoro subordinato, assumendo egli la veste di ausiliario necessario ai sensi dell'art. 1228 c.c. per il solo fatto che l'ente si avvale della sua opera professionale. Sulla responsabilità contrattuale dell'ente ospedaliero per i danni subiti dal paziente in conseguenza della negligenza ed imperizia dei propri dipendenti nell'ambito delle prestazioni sanitarie effettuate, cfr., tra le tante: Cass., 14.07.2003, n. 11011, in *Gius.*, 2004, n. 1; Cass., 27.07.1998, n. 7336, in *Arch. civ.*, 1999, 461. Accanto all'obbligazione principale, poi, il contratto atipico intercorrente tra l'ente ospedaliero e il paziente contiene una serie di ulteriori prestazioni che sono direttamente a carico dell'ente stesso, il quale ne è quindi responsabile ai sensi dell'art. 1218 c.c., e che prescindono dall'eventuale colpa del medico, secondo il sopra citato schema di autonomia rispetto al rapporto medico-paziente. Si tratta, in particolare, delle obbligazioni alberghiere *lato sensu* (alloggio e ristorazione), della messa a disposizione del personale medico e paramedico, nonché della messa a disposizione dei locali, dei medicinali e di tutte le strutture necessarie e, quindi, dell'obbligazione di offrire al paziente una efficiente organizzazione. Da tutto quanto sin qui detto, allora, consegue che la responsabilità della casa di cura (o ente ospedaliero) nei confronti del paziente ha natura contrattuale (fondandosi sul contratto atipico di assistenza sanitaria) e può derivare – ai sensi dell'art. 1218 c.c. – dall'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché – ai sensi dell'art. 1228 c.c. – dall'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario (sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e l'organizzazione aziendale), non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche “di fiducia” dello stesso paziente o comunque dal medesimo scelto. In questo senso, cfr., da ultimo, Cass., 14.06.2007, n. 13953, in *Danno e Resp.*, 2007, f. 10, p. 1062.

²⁷⁰ Sul rilievo da attribuire alla buona fede come fonte di obblighi strumentali, si veda in dottrina Benatti, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1342; Pietrobon, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969; Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 284 e soprattutto Castronovo, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1 ss.

proprie strutture, quello di assicurare al ricoverato le cure specialistiche mediche e para-mediche di cui necessita, l'offerta di servizi infermieristici, di servizi di ristorazione e di applicazioni terapeutiche in senso lato, nonché l'obbligo di buona organizzazione dell'ente. Quanto a quest'ultimo, si tratta di una nuova prospettiva che consente di considerare il concetto di organizzazione alla stregua di oggetto di un vero e proprio obbligo giuridico di protezione, funzionale anch'esso alla realizzazione della prestazione principale dovuta. Pertanto, nel complesso di obblighi derivanti dal contratto di ospedalità, è configurabile a carico dell'ente anche un obbligo di fornire al paziente la sicurezza dello standard organizzativo eventualmente imposto a livello legislativo o, comunque, di uno standard organizzativo tollerabile perché corrispondente a quello che – tenuto conto del luogo, del tempo, delle circostanze e delle altre strutture ospedaliere affini – si può considerare normale e tale che il paziente medio di buona fede possa ragionevolmente attendersi e ragionevolmente prevedere. Ne consegue che il paziente potrà chiedere il risarcimento del danno (anche non patrimoniale) subito per l'inadempimento dell'obbligo di efficiente organizzazione, pure in mancanza di colpe ascrivibili al sanitario, qualora il difetto o il vizio di organizzazione ed efficienza, oltre ad essere causa del danno, debba ritenersi intollerabile, avendo superato quel livello oltre il quale deve considerarsi violata quella regola di buona fede che governa il rapporto contrattuale in tutti i suoi versanti²⁷¹.

²⁷¹ La sopra descritta ricostruzione in termini di autonomia e dualità dei rapporti tra medico-paziente, da un lato, e struttura ospedaliera-paziente, dall'altro, è stata invece criticata da Trib. Roma, 01.06.2001, secondo cui non è corretto parlare di un mero collegamento funzionale di negozi (medico-paziente e clinica-paziente) che conservano la loro rispettiva autonomia in quanto fonti di distinti rapporti obbligatori. Al contrario, in tali casi sussiste una "obbligazione plurisoggettiva passiva", inquadrabile nella categoria delle "obbligazioni soggettivamente complesse con prestazione indivisibile ed attuazione congiunta". La sentenza, infatti, spiega che da un lato l'obbligazione del professionista si estende anche all'attività preliminare di verifica dell'idoneità della struttura sanitaria in cui deve operare e, dall'altro lato, la casa di cura accetta il paziente esclusivamente in relazione al tipo di trattamento terapeutico che questi deve ricevere (valutandolo compatibile con l'organizzazione e le strutture aziendali) ed in relazione alla capacità professionale del medico curante, a disposizione del quale dovranno essere poste le strutture tecniche e le risorse umane dell'azienda. Pertanto, il rapporto avente ad oggetto il ricovero in funzione di assistenza sanitaria viene configurato come "obbligazione unitaria a carico di una pluralità di parti (il medico e la casa di cura) che, nell'esecuzione della prestazione, si articola pur sempre in una serie di attività distinte, le quali però non si identificano in altrettanti rapporti obbligatori". Esse, al contrario, si caratterizzano per il fatto della "indivisibilità temporale,

Come si diceva, questa apertura a forme di responsabilità contrattuale autonome dell'ente, che prescindono dall'accertamento di una condotta negligente dei singoli operatori e che trovano la propria fonte nell'inadempimento delle obbligazioni direttamente riferibili all'ente, è stata fatta propria da alcune sentenze di merito verso la metà degli anni novanta²⁷² ed è ora accolta pure dalla Cassazione²⁷³. In particolare, sul punto si sono espresse anche le Sezioni Unite nella recentissima sentenza n. 577/2008²⁷⁴, in cui la Suprema Corte, affermando di condividere la suesposta ricostruzione, ritiene che “si può avere una responsabilità contrattuale della struttura verso il paziente danneggiato non solo per il fatto del personale medico dipendente, ma anche del personale ausiliario, nonché della struttura stessa (insufficiente o inadeguata organizzazione)” e precisa che “ove si ritenga sussistente un contratto di ospitalità tra clinica e paziente, la responsabilità della clinica prescinde dalla responsabilità o dall'eventuale mancanza di responsabilità del medico in ordine all'esito infausto di un intervento o al sorgere di un danno che non ha connessione diretta con l'esito dell'intervento chirurgico”.

In conclusione, dunque, l'ipotesi che si è venuta profilando nella più recente giurisprudenza è quella del danno provocato da inefficienze della struttura ospedaliera o da fatti o eventi eziologicamente riconducibili a fenomeni di disorganizzazione dell'ospedale e in tutti questi casi è stata riconosciuta la risarcibilità dei pregiudizi alla persona del paziente (quindi,

non potendo essere attuata la prestazione se non congiuntamente, mediante il simultaneo svolgimento di tali attività, il coordinamento delle quali costituisce l'indispensabile momento organizzativo dell'esecuzione della prestazione dovuta al paziente”.

²⁷² Si vedano: Trib. Monza, 7.06.1995, in *Resp. civ. prev.*, 1996, 389; Trib. Biella, 11.11.1996, in *Giur. merito*, 1996, III, 1055; Trib. Monza, 04.07.1996, in *Resp. civ. prev.*, 1997, 776; Trib. Milano, 09.01.1997, *ivi*, 1997, 1220, che esplicitamente ha affermato che la responsabilità contrattuale dell'ente ospedaliero per danni alla persona del paziente “può essere dovuta anche esclusivamente alle colpose, gravi carenze organizzative della struttura ospedaliera stessa”. Peraltro, un isolato precedente risale già a Trib. Verona, 11.03.1989, in *Giur. Merito*, 1990, I, 259. Tra le più recenti, si vedano invece, Trib. Venezia, 20.09.2005, in *Danno e Resp.*, 2005, 1262; Trib. Brescia, 28.12.2004, in *Danno e Resp.*, 2006, f. 8-9, p. 895.

²⁷³ Cfr., in particolare: Cass., 14.06.2007, n. 13953, in *Danno e Resp.*, 2007, f. 10, p. 1062; Cass., 26.01.2006, n. 1698, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006; Cass., 2 febbraio 2005, n. 2042, in *Danno e Resp.*, 2005, 441; Cass., 13 gennaio 2005, n. 571, *ibidem*, 563; Cass., 14.07.2004, n. 13066, *cit.*; Cass., Sez. Un., 01.07.2002, n. 9556, in *Foro It.*, 2002, I, 3060; Cass., 16.05.2000, n. 6318, *ivi*, 2000, f. 5.

²⁷⁴ Cass., 11.01.2008, n. 577, in *Resp. e Risarcim.*, 2008, f. 2, 41 ss.

di natura non patrimoniale) sulla base dell'autonoma responsabilità contrattuale dell'ospedale.

4.2. Segue. Il riparto dell'onere probatorio in ordine alla colpa medica e al nesso di causalità. Il recente approdo delle Sezioni Unite n. 577/2008.

Il preliminare e necessario esame circa l'inquadramento giuridico della responsabilità medica non può non coinvolgere anche l'annoso problema della prova. Al riguardo, va segnalato che, nonostante l'affermazione circa la natura contrattuale della responsabilità tanto del medico quanto della struttura sanitaria, la delicata questione del riparto dell'onere probatorio ha trovato solo successivamente ed in tempi molto più recenti una definitiva soluzione.

In tema di prestazione professionale medica, peraltro, il problema si pone sotto due profili e cioè con riferimento sia all'errore terapeutico o chirurgico, sia al nesso di causalità tra quest'ultimo e l'evento dannoso.

Quanto al primo aspetto, è noto che la regola generale sull'*onus probandi* desumibile dall'art. 1218 c.c. sia stata per lungo tempo adattata e rivista dalla giurisprudenza con riferimento alla colpa medica attraverso il ricorso alla categoria delle c.d. "obbligazioni di mezzi". In particolare, dalla tradizionale distinzione tra "mezzi" e "risultato"²⁷⁵, se ne è fatto derivare -

²⁷⁵ Come noto, la differenza tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato si basa sul differente contenuto della prestazione. Nelle prime, la prestazione dovuta prescinderebbe da un particolare esito positivo dell'attività del debitore, il quale si considera adempiente qualora, pur non conseguendo il risultato voluto dal creditore, abbia comunque agito con la dovuta diligenza: in tali casi, quindi, è il comportamento del debitore ad essere direttamente oggetto dell'obbligazione, nel senso che la diligenza è tendenzialmente considerata quale criterio determinativo del contenuto del vincolo. Viceversa, nelle obbligazioni di risultato il debitore si impegna a perseguire un determinato esito positivo previsto dalle parti e la regola della diligenza opera solo come parametro, cioè come criterio di controllo e di valutazione del comportamento del debitore: in altri termini, è il risultato cui mira il creditore, e non il comportamento del debitore, ad essere direttamente dedotto in obbligazione. Sull'ampia tematica della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, si vedano: Mengoni, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"* (*Studio critico*), in *Riv. dir. civ.*, 1954, I, 185; Di Majo, *Mezzi e risultati: una storia infinita*, in *Corr. Giur.*, 2005, 38; Viglione, *Prestazione d'opera intellettuale e disciplina applicabile tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *La Nuova giur. civ. comm.*, 2006, f. 7-8, pt. 1, 835. Questa distinzione, peraltro, è stata criticata sin dal suo sorgere da una parte della dottrina, la quale correttamente evidenziava che, in realtà, in ciascuna obbligazione assumono rilievo sia il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, sia l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo: è infatti difficile immaginare l'esistenza di

soprattutto con riferimento alla responsabilità dei professionisti intellettuali e dei medici in particolare – l’operatività di un differente regime probatorio: si è affermato che nelle obbligazioni di mezzi, essendo aleatorio l’esito finale della prestazione, spetterebbe al creditore provare che il mancato risultato è dipeso dalla scarsa diligenza del debitore²⁷⁶; mentre invece nelle obbligazioni di risultato spetta al debitore provare, secondo la regola generale di cui all’art. 1218 c.c., che il mancato risultato è dipeso da causa a lui non imputabile.

Applicando questa regola al rapporto tra medico (e/o struttura sanitaria) e paziente - rapporto considerato, per definizione, rientrante nell’ambito delle obbligazioni di mezzi - la giurisprudenza era giunta costantemente ad affermare che il medico si dovesse considerare adempiente qualora, prescindendo dall’esito positivo o meno dell’operazione, avesse mantenuto il comportamento dovuto secondo la regola della diligenza e che, a sua volta, gravasse sul paziente l’onere della prova relativo ad un inesatto adempimento e, cioè, alla inesatta prestazione professionale del medico per difetto di diligenza²⁷⁷.

Questa distribuzione dell’onere della prova, di evidente sfavore per il paziente danneggiato, era stata poi temperata dalla giurisprudenza attraverso l’introduzione di un’ulteriore distinzione, basata sulla natura dell’intervento da eseguire. Si tratta della nota differenza tra interventi di *routine* ed interventi di speciale difficoltà, dalla quale pure veniva fatto conseguire un

obbligazioni in cui un risultato non sia comunque dovuto o nelle quali, al contrario, non sia dovuto lo sforzo necessario per conseguirlo. Inoltre, si era altresì affermato che la suddetta distinzione risultava priva di riscontro normativo e di argomenti sostanziali e che, anzi, fosse del tutto arbitrario circoscrivere l’ambito di applicazione dell’art. 1218 c.c. alle sole obbligazioni di risultato e riferire l’art. 1176 c.c. (dettato in materia di adempimento e non di inadempimento) alle sole obbligazioni di mezzi: la dicotomia elaborata dalla giurisprudenza, infatti, non è prevista dal codice, che, invece, pone quale unica regola sulla responsabilità del debitore (per qualunque debitore e per qualunque obbligazione) l’art. 1218 c.c. Cfr., in chiave critica: Giorgianni, voce *Obbligazione*, in *Nuoviss. Dig. It.*, Torino, 1965, 598; Bianca, *Diritto civile*, 5, *L’obbligazione*, Milano, 1990, 71 ss.; Castronovo, *Profili della responsabilità medica*, in *Vita not.*, 1997, III, 1226; Quadri, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato*, in *Danno e Resp.*, 1999, 1165.

²⁷⁶ In altri termini, diversamente da quanto previsto dall’art. 1218 c.c., nelle obbligazioni di mezzi spetta al creditore provare la colpa del debitore: il creditore, infatti, deve provare l’inesatto adempimento e questa prova richiede, nella specie, la dimostrazione della diligente esecuzione della prestazione, in quanto è proprio il comportamento diligente del debitore ad essere dedotto come oggetto dell’obbligazione.

²⁷⁷ In giurisprudenza, cfr. tra le tante: Cass., 18.05.1988, n. 3463, in *Corr. Giur.*, 1988, 989; Cass., 10.12.1979, n. 6416.

diverso regime probatorio. Si riteneva, infatti, che quando l'intervento fosse di *routine* o comunque di facile esecuzione²⁷⁸ la dimostrazione da parte del paziente dell'aggravamento della propria situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie fosse idonea a fondare una presunzione semplice, in base al principio *res ipsa loquitur* (art. 2727 c.c.), in ordine all'inadeguatezza della prestazione. Dunque, il paziente aveva l'onere di provare il carattere *routinario* dell'intervento, nonché il peggioramento dello stato di salute e di allegare l'inadempimento, mentre spettava al medico provare che la prestazione professionale fosse stata eseguita in modo diligente e che l'evento dannoso fosse ascrivibile a cause impreviste e imprevedibili²⁷⁹. Al contrario, qualora l'intervento fosse di difficile esecuzione, si riteneva che il medico dovesse provare la complessità dell'intervento²⁸⁰ e che al paziente spettasse di dimostrare l'errore terapeutico e dunque la riconducibilità dell'esito infausto alle specifiche modalità esecutive dell'operazione²⁸¹.

Questo consolidato e alquanto discutibile indirizzo giurisprudenziale ha finalmente subito una vera e propria inversione di tendenza a seguito di alcuni interventi giurisprudenziali succedutisi in particolare nel 2004, quando la Cassazione, applicando in campo medico la regola enunciata in

²⁷⁸ La giurisprudenza ha chiarito che le prestazioni di facile esecuzione sono "interventi che non richiedono una particolare abilità e nei quali il rischio di esito negativo o peggiorativo minimo, secondo una valutazione basata sull'insieme delle regole tecniche appartenenti al settore medico-specialistico, che per comune consenso e consolidata sperimentazione sono acquisite dalla scienza e applicate nella pratica": Cass., 09.10.2001, n. 12359, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, f. 10.

²⁷⁹ Secondo alcuni, in questo modo si veniva a determinare una vera e propria trasformazione dell'obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato: cfr. De Matteis, *La responsabilità civile tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*, in *Danno e Resp.*, 1999, 783; Nivarra, *La responsabilità civile dei professionisti: il punto sulla giurisprudenza*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 518. Per altri, invece, si finiva in tal modo con l'affermare una responsabilità tendenzialmente oggettiva del medico: cfr., in tal senso, Monateri, *La responsabilità civile*, Sacco (a cura di), *Tratt. dir. civ.*, Torino, III, 1998, 113 e 753.

²⁸⁰ Va ricordato che il medico ha tutto l'interesse a provare la speciale complessità dell'intervento, in quanto in tal modo ha la possibilità di avvalersi della limitazione di responsabilità alla sola "colpa grave" di cui all'art. 2236 c.c. Sul punto, comunque, si veda più diffusamente *infra*. In giurisprudenza, tra le tante sentenze che affermano che ricade sul professionista l'onere della prova circa la difficoltà dell'intervento, cfr.: Cass., 23.04.2002, n. 5928, in *Giur. It.*, 2003, 460.

²⁸¹ Tra le tante, cfr., ad esempio: Cass., 09.10.2001, n. 12359, in *Guida al dir.*, 2001, n. 48, 66; Cass., 23.02.2000, n. 2044, in *Giur. It.*, 2000, 2015; Cass., 04.02.1998, n. 1127, in *Giur. It.*, 1998, 1800. Il *leading case* in materia, comunque, risale già a Cass., 21.12.1978, n. 6141, in *Giur. It.*, 1979, I, 1, 953.

via generale dalla sentenza delle Sezioni Unite del 2001²⁸², ha affermato che, ogniqualvolta ricorra una responsabilità contrattuale del medico e/o dell'ente ospedaliero, si applica il regime probatorio di cui all'art. 1218 c.c., senza che assuma più rilievo, a tal fine, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, nonché l'ulteriore differenziazione basata sulla natura dell'intervento.

In particolare, le citate Sezioni Unite hanno chiarito che l'onere probatorio tra le parti deve distribuirsi secondo le regole generali vigenti in materia contrattuale, le quali non differiscono a seconda che si tratti di inadempimento *tout court* o di inesatto adempimento, né in base al tipo di obbligazione o alla domanda con la quale si agisce in giudizio (adempimento coattivo, risoluzione, risarcimento): in ogni caso, infatti, il creditore è tenuto a provare la fonte del proprio diritto limitandosi alla mera allegazione dell'inadempimento della controparte, mentre grava sul debitore convenuto l'onere di provare il fatto estintivo, cioè l'avvenuto adempimento.

Nel 2004, tre sentenze della Suprema Corte²⁸³ hanno per la prima volta fatto applicazione di questo principio nelle cause di responsabilità medica. Si è affermato che il paziente che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria non deve provare la colpa né tantomeno la gravità della stessa (ai sensi dell'art. 2236 c.c.), ma deve dimostrare esclusivamente il titolo (cioè, il contratto oppure il "contatto sociale") ed allegare l'inadempimento del professionista (consistente nell'aggravamento della situazione patologica o nell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento), restando a carico del debitore (medico e/o ente ospedaliero) la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che gli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto o imprevedibile (e, quindi, spetta sempre al professionista provare il difetto di colpa o la non qualificabilità

²⁸² Si tratta della sent. Cass., S.U., 30.10.2001, n. 13533, in *Corr. Giur.*, 2001, 1565 e in *Foro It.*, 2002, I, 769. Sul significato e sulla portata innovativa di tale pronuncia si è già avuto modo di soffermarci in tema di onere probatorio nel caso di danni da mobbing: cfr., *supra*, capitolo III, par. 3.2.

²⁸³ Si tratta di: Cass., 28.05.2004, n. 10297; Cass., 19.05.2004, n. 9471; Cass., 21.06.2004, n. 11488, tutte in *Danno e Resp.*, 2005, f. 1, p. 23 ss.

della stessa in termini di gravità). Tale regola probatoria viene giustificata in relazione al principio della vicinanza della prova “inteso come apprezzamento dell’effettiva possibilità per l’una o per l’altra parte di offrirla: infatti, nelle obbligazioni in cui l’oggetto è l’attività del debitore, l’inadempimento coincide con il difetto di diligenza nell’esecuzione della prestazione, cosicché non vi è dubbio che la prova sia vicina a chi ha eseguito la prestazione; tanto più che, trattandosi di obbligazione professionale, il difetto di diligenza consiste nell’inosservanza delle regola tecniche che governano il tipo di attività cui il debitore è tenuto”²⁸⁴.

Come si può notare, si è trattato di un *revirement* giurisprudenziale particolarmente significativo, in quanto, scardinando le decennali ricostruzioni in materia, è stata espressa la condivisibile volontà di inaugurare una nuova lettura delle regole in tema di responsabilità medica sotto il profilo della ripartizione dell’onere della prova, superando le precedenti agevolazioni probatorie fondate su presunzioni valide solo per certi tipi di prestazioni e promuovendo l’applicazione di una regola probatoria generale e tendenzialmente uniforme.

Si comprende, allora, come a tale mutata impostazione debba corrispondere anche una totale revisione della tradizionale categoria delle obbligazioni di mezzi, la quale non può più costituire un criterio per individuare il regime probatorio applicabile, ma può tutt’al più conservare una valenza descrittiva in ordine al contenuto della prestazione. Non mancano, infatti, pronunce in cui la Cassazione continua a qualificare la prestazione del medico (e dell’ente ospedaliero) come obbligazione di mezzi²⁸⁵, mostrando così di accogliere una nozione di inadempimento come “non conformità del comportamento alla diligenza”, intesa come diligenza-perizia e, quindi, come criterio di determinazione del contenuto dell’obbligazione. In tal modo si può dire che, se la distinzione mezzi-

²⁸⁴ Così, Cass., 28.05.2004, n. 10297, cit.; nello stesso senso anche Cass., 21.05.2004, n. 11488 cit.

²⁸⁵ In questo senso, Cass., 28.05.2004, n. 10297, cit. e Cass., 21.06.2004, n. 11488, cit. Sul punto, in dottrina, cfr. Nicolussi, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, f. 2, 797 ss.; Sagna, *Il patto speciale di garanzia del chirurgo estetico: suddivisione delle obbligazioni tra quelle di mezzi e di risultato quale metodo anacronistico di valutazione della professione medica?*, in *Il Nuovo diritto*, 2006, f. 4-5, pt.1, 411 ss.

risultato non incide più né sul regime della responsabilità né sul piano dell'onere e del contenuto della prova liberatoria, essa conserva ancora per la giurisprudenza una apprezzabile utilità sotto il profilo della determinazione del contenuto dell'obbligo e, quindi, dell'accertamento dell'esattezza o meno dell'adempimento, oltre che una funzione descrittiva che ne giustifica il continuo richiamo seppure a tale limitato fine.

Alle medesime conclusioni si può pervenire con riferimento alla distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà²⁸⁶: essa, infatti, non può più rilevare quale criterio di distribuzione dell'onere della prova, ma potrà comunque continuare a conservare una propria rilevanza, soprattutto ai fini della valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, pur restando comunque a carico del sanitario la prova che la prestazione era di speciale difficoltà.

La nuova impostazione inaugurata a partire dal 2004 risulta ormai costantemente seguita dalla giurisprudenza di merito²⁸⁷ e di legittimità²⁸⁸ ed ha ricevuto il definitivo avallo anche dalle Sezioni Unite nella citata recentissima sentenza n. 577/2008²⁸⁹. Tale pronuncia ha inoltre affrontato l'ulteriore questione relativa alla distribuzione dell'onere probatorio che ancora era rimasta aperta, cioè quella concernente il nesso di causalità tra inadempimento e danno.

Al riguardo, l'impostazione prevalente, partendo dal presupposto secondo cui la prova della causalità attiene alla prova del danno e non alla prova dell'inadempimento colposo, riteneva che spettasse al paziente dimostrare che il danno non si sarebbe causalmente verificato laddove l'intervento fosse stato correttamente eseguito. In particolare, si affermava

²⁸⁶ Così, Cass., 28.05.2004, n. 10297, cit. La pronuncia chiarisce anche che “per qualificare una prestazione professionale come atto implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà rileva sia la novità e speciale complessità dei problemi tecnici, sia il grado di abilità necessaria per affrontarli, sia il margine di rischio che l'esecuzione dell'atto medico comporta, mentre non costituisce certamente circostanza di significato univoco l'alto tasso di esiti negativi di un certo intervento su una certa patologia”.

²⁸⁷ Si vedano Trib. Milano, 25.02.2005 e Trib. Bologna, 30.12.2004, entrambi in *Danno e Resp.*, 2006, f. 1, p. 69 ss.

²⁸⁸ Cfr. Cass., 13.04.2007, n. 8826, in *Danno e Resp.*, 2007, f. 7, p. 811; Cass., 24.04.2006, n. 12362, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, f. 1; Cass., 11.11.2005, n. 22894, *Danno e Resp.*, 2006, f. 2, p. 214.

²⁸⁹ Cass., S.U., 11.01.2008, n. 577, cit.

che soltanto il positivo accertamento del nesso di causalità consentisse il passaggio, logicamente e cronologicamente conseguente, alla valutazione dell'elemento soggettivo dell'illecito; dunque, mentre la prova in ordine al nesso eziologico doveva incombere necessariamente sul paziente, gravava sul medico, una volta accertata l'esistenza della causalità, la prova dell'assenza di colpa²⁹⁰. In senso contrario, invece, si sono espresse altre pronunce: ritenendo che il problema della causalità restasse assorbito nell'alveo della colpa, questo diverso orientamento affermava che spettasse al medico provare l'insussistenza dell'errore oppure, laddove l'errore ci fosse stato, provare l'irrilevanza causale dello stesso²⁹¹. Le menzionate Sezioni Unite del 2008 hanno aderito a quest'ultima impostazione ed hanno ritenuto che in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di un'affezione e allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato; competerà invece al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato o che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante. Una soluzione, questa, che merita evidentemente di essere condivisa, costituendo il necessario epilogo cui conduce il principio della vicinanza della prova, ormai pacificamente accolto dalla giurisprudenza²⁹².

²⁹⁰ Cfr., in tal senso, Cass., 18.05.2005, n. 7997, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, f. 4; Cass., 11.11.2005, n. 22894, in *Danno e Resp.*, 2006, f. 2, p. 214; Cass., 03.08.2004, n. 14812, *ivi*, 2004, f. 7-8.

²⁹¹ Si veda, ad esempio, Cass., 29.07.2004, 14488, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, f. 7-8.

²⁹² Ciò, d'altro canto, risulta ancora più chiaro se si considera il caso concreto affrontato dalle Sezioni Unite e concernente il danno da emoderivati infetti, subito da alcuni pazienti che si sono sottoposti a trasfusione di sangue: sarebbe stato eccessivamente gravoso, ed in palese contrasto con i principi in tema di riparto dell'onere probatorio, porre a carico dei pazienti danneggiati la prova che, al momento del ricovero, essi non fossero già affetti da epatite, essendo invece compito del medico che ha eseguito la prestazione dimostrare, in quanto più vicino alla prova, che l'inadempimento non vi è stato perché non vi è stata trasfusione con sangue infetto o che, pur esistendo l'inadempimento, esso non era eziologicamente rilevante in quanto sussisteva nei pazienti un'affezione patologica già in atto al momento del ricovero.

4.3. Risarcimenti per errato intervento chirurgico: una conferma della configurabilità del danno non patrimoniale da inadempimento in ambito sanitario

Compite queste necessarie precisazioni in tema di inquadramento giuridico delle responsabilità del medico e della struttura sanitaria, nonché in ordine alla ripartizione dell'onere probatorio, si può ora verificare come, nelle più frequenti fattispecie di responsabilità configurabili in ambito sanitario (errore chirurgico e terapeutico, violazione degli obblighi di informazione, omesse diagnosi), la giurisprudenza sia recentemente giunta, in forme più o meno esplicite, al riconoscimento in capo al paziente del diritto al risarcimento di danni non patrimoniali da inadempimento.

Un ambito nel quale più frequentemente si è ammessa la risarcibilità dei danni non patrimoniali per responsabilità contrattuale del medico (eventualmente da “contatto sociale”) e/o della struttura sanitaria è rappresentato dall'esercizio della pratica chirurgica.

Circa la configurabilità dell'inadempimento del medico e della struttura ospedaliera in caso di errato intervento chirurgico o trattamento terapeutico, si rinvia a quanto detto in ordine all'inquadramento della prestazione in esame all'interno delle obbligazioni di mezzi, nonché alla necessità di differenziare a seconda della natura dell'intervento (routinario o di facile esecuzione)²⁹³: queste distinzioni, infatti, se non hanno più rilievo ai fini del riparto probatorio, non solo mantengono comunque una loro valenza descrittiva, ma consentono anche di determinare il contenuto dell'obbligo e, quindi, di accertare l'esattezza o meno dell'adempimento e permettono di valutare il grado di diligenza richiesta e, dunque, la configurabilità o meno della colpa medica. Peraltro, si deve al riguardo evidenziare che, trattandosi di obbligazioni inerenti all'esercizio di attività professionali, il grado di diligenza necessario per la valutazione dell'esatto adempimento del medico va considerata in relazione agli articoli 1176, 2° co., e 2236 c.c. Quindi, è la diligenza qualificata di cui alla prima disposizione citata che costituisce il modello di condotta rispetto al quale parametrare il comportamento del sanitario e che si specifica nei profili

²⁹³ Si veda *supra*, par. 4.2.

della cura, della cautela e soprattutto della perizia, intesa come impiego delle abilità e delle appropriate nozioni tecniche peculiari dell'attività esercitata. L'art. 1176, 2° co., c.c., poi, va letto congiuntamente con l'art. 2236 c.c., nel senso che entrambi esprimono "l'unitario concetto secondo cui la diligenza deve essere valutata con riguardo alla difficoltà della prestazione resa e la colpa è inosservanza della diligenza richiesta"²⁹⁴. Inoltre, va notato come la limitazione di responsabilità ai soli casi di "colpa grave" di cui all'art. 2236 c.c. venga ormai pacificamente riferita solo all'ipotesi dell'imperizia (e non all'imprudenza e alla negligenza). In tal modo è possibile riscontrare, sotto un duplice profilo, un condivisibile progressivo ridimensionamento dell'ambito operativo di questa disposizione, che aveva talvolta costituito un facile strumento attraverso cui esonerare il medico da ogni responsabilità. In particolare, da un lato, la "colpa grave" ivi prevista va ora parametrata al grado di più elevata diligenza richiesta dal 2° co. dell'art. 1173 c.c. (e non alla diligenza media di cui al 1° co.), mentre dall'altro lato la limitazione di responsabilità non opera rispetto all'imprudenza ed alla negligenza e non si estende a tutti gli atti del medico, ma solo ai casi di particolare complessità che vanno intesi esclusivamente come quelli non ancora sperimentati o studiati a sufficienza, o non ancora dibattuti con riferimento ai metodi terapeutici da seguire.

Un riscontro della copiosa giurisprudenza che si è occupata delle ipotesi di errato intervento chirurgico può facilmente compiersi se si considerano proprio le numerose pronunce che hanno affrontato la questione della natura contrattuale delle responsabilità del medico (e della struttura), nonché la problematica della distribuzione dell'onere probatorio. Infatti, i casi più frequenti che sono stati alla base di tale casistica giurisprudenziale, cui in questa sede si rinvia²⁹⁵, hanno appunto riguardato le fattispecie di

²⁹⁴ In tal senso, cfr. Cass., 28.05.2004, n. 10297, cit.

²⁹⁵ Tra le sentenze che si sono occupate della natura della responsabilità del medico e della struttura ospedaliera per errato intervento chirurgico, inquadrando nell'ambito contrattuale, e che hanno conseguentemente riconosciuto la risarcibilità dei danni subiti dal paziente, anche di natura non patrimoniale, cfr.: Cass., 14.06.2007, n. 13953, cit.; Cass. n. 9085/2006, cit.; Cass., 13.01.2005, n. 571, cit.; Cass., 29.09.2004, n. 19564, cit.; Cass., 21.06.2004, n. 11488 cit.; Cass., 28.05.2004, n. 10297, cit. Affrontando il problema del riparto dell'onere probatorio, hanno riconosciuto il risarcimento dei danni non patrimoniali, pur se derivanti da un inadempimento contrattuale (rappresentato dall'errato intervento

errori compiuti dagli operatori sanitari in caso di interventi chirurgici o di trattamenti terapeutici ed in effetti il danno derivante da questo tipo di prestazioni mediche è di amplissima riscontrabilità, posto che ogni intervento può essere potenziale fonte di danno per la persona del paziente.

Come visto, i giudici hanno in proposito chiarito che, in caso di inesatto adempimento della prestazione, il medico-chirurgo può essere ritenuto responsabile ai sensi dell'art. 1218 c.c. e, in base alla regola generale ivi prevista, è stato poi stabilito il conseguente criterio di riparto della prova. Si aggiunge, ora, che tale responsabilità riguarda ovviamente non solo i danni patrimoniali, ma altresì quelli non patrimoniali derivanti dall'errato intervento, posto che da ogni intervento chirurgico può derivare un danno di natura biologica o, più genericamente, esistenziale, identificati rispettivamente con la lesione dell'integrità psico-fisica e la compromissione delle attività realizzatrici della persona. Questi tipi di danni, per definizione di natura non patrimoniale, sono stati dunque considerati risarcibili indipendentemente dalla fonte, che in questo caso è rappresentata dall'inadempimento contrattuale del medico.

4.4. Segue. L'inadempimento dell'obbligo di informazione nei confronti del paziente come autonoma fonte di risarcimento dei danni non patrimoniali

Strettamente connesso e pur tuttavia autonomo rispetto al profilo di responsabilità medica appena esaminato è quello concernente l'inadempimento dell'obbligo di informazione da parte del medico curante (e/o della struttura sanitaria), prima di sottoporre il paziente ad un intervento, ad una terapia, o ad un accertamento diagnostico invasivo.

Al fine di verificare come, anche in questo ambito, la giurisprudenza sia giunta di fatto a riconoscere il risarcimento di danni non patrimoniali da inadempimento, è anzitutto fondamentale chiarire la natura giuridica della responsabilità per omesse o inesatte informazioni del medico.

chirurgico): Cass., 13.04.2007, n. 8826, cit.; Cass., 28.05.2004, n. 10297, cit.; Cass., 19.05.2004, n. 9471, cit.;

Al riguardo, non può ritenersi condivisibile, e risulta ormai superato dalla giurisprudenza, quell'orientamento che tendeva a collegare l'obbligo di informazione in esame al comportamento secondo buona fede cui le parti sono tenute nello svolgimento delle trattative e della formazione del contratto *ex art. 1337 c.c.*²⁹⁶ L'inquadramento all'interno della responsabilità precontrattuale e, per tale via, all'interno dell'illecito aquiliano risulta infatti fuorviante rispetto alla realtà giuridica che viene in rilievo nell'ambito dell'attività medica. Si deve osservare che l'attività medico-professionale si scinde in realtà in due fasi, quella preliminare diagnostica, basata sul rilevamento dei dati sintomatologici, e l'altra, conseguente, terapeutica o chirurgica determinata dalla prima. Dunque, poiché solo dopo l'esaurimento della fase diagnostica sorge il dovere del medico di informare il paziente sulla natura, i vantaggi e gli eventuali rischi dell'intervento terapeutico o chirurgico risultato necessario, questo dovere di informazione, diretto ad acquisire un consenso consapevole alla prosecuzione dell'attività professionale, non può non rientrare nell'ambito della prestazione professionale. Pertanto, alla luce della normale dinamica dei rapporti tra le parti in questione, il dovere di informazione sorge quando il contratto è già concluso; di qui, la natura contrattuale della responsabilità per omessa informazione da parte dell'operatore sanitario.

Si può poi discutere se l'omessa o incompleta informazione integri – come appare preferibile – un'ipotesi di violazione dei doveri accessori derivanti dal contratto, la quale dà luogo ad inesatto adempimento, o se invece non configuri la violazione di un obbligo di protezione²⁹⁷, distinto cioè da quello di prestazione, da ricondurre non nella categoria dell'inesatto adempimento quanto piuttosto del mancato adempimento. In realtà, attualmente la questione riveste un carattere principalmente teorico, in quanto da un lato oggi si riconosce natura contrattuale (e non più aquiliana)

²⁹⁶ Si era espressa nel senso della natura precontrattuale della responsabilità per omessa informazione del medico, Cass., 15.01.1997, n. 364, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, f. 1; di recente, questa impostazione è stata ripresa, tra i giudici di merito, da Trib., Bologna, 30.12.2004, in *Danno e Resp.*, 2006, f. 1, p. 72, ma si tratta di una pronuncia ormai isolata nell'ambito dell'attuale mutato contesto giurisprudenziale.

²⁹⁷ In dottrina, sulla teoria degli obblighi di protezione, si ved per tutti Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 168.

anche alla responsabilità derivante dalla violazione degli obblighi di protezione: ciò, sulla base del fatto che il rapporto obbligatorio ha un contenuto complesso, nel senso che ciascuna parte è tenuta non solo ad adempiere l'obbligo principale di prestazione, ma anche ad osservare una serie di obblighi distinti ed ulteriori definiti appunto di protezione; dall'altro lato, la stessa distinzione tra mancato adempimento o inesatto adempimento è venuta a perdere di rilievo dal punto di vista della disciplina applicabile, che rimane in ogni caso quella di cui all'art. 1218 c.c., anche sotto il profilo della distribuzione dell'onere probatorio, come hanno definitivamente chiarito le Sezioni Unite²⁹⁸.

Ebbene, la mutata impostazione adottata dalla giurisprudenza, ormai approdata alla definitiva contrattualizzazione del rapporto medico-paziente e medico-ente ospedaliero, ed al suo conseguente inquadramento nella regola di responsabilità dettata dall'art. 1218 c.c., non poteva non investire anche la tematica dell'informazione medica²⁹⁹. L'informazione rappresenta, infatti, la condizione imprescindibile perché il paziente possa determinarsi con la necessaria consapevolezza al trattamento sanitario esprimendo il proprio consenso. E, invero, la diversa impostazione che riconduce il fondamento di tale diritto al dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative non corrobora, ma piuttosto indebolisce, la posizione del paziente nella misura in cui la lesione del suo diritto darebbe luogo, per tale via, ad una responsabilità extra-contrattuale, invece che contrattuale, con la conseguenza di gravarlo del peso probatorio e del regime prescrizione propri di quel tipo di responsabilità.

E' dunque significativo che la giurisprudenza prevalente sia ormai costante nell'attribuire natura contrattuale anche alla responsabilità per omessa o incompleta informazione³⁰⁰, precisando che l'obbligo di adeguata

²⁹⁸ Ci si riferisce alla più volte citata Cass., S.U., 30.10.2001, n. 13533 cfr., *supra*, par. 4.2. e capitolo III, par. 3.2.

²⁹⁹ Tra le pronunce della Cassazione che esplicitamente qualificano come contrattuale la responsabilità per omessa informazione del medico si vedano: Cass., 23.05.2001, n. 7027, in *Danno e Resp.*, 2001, 1165; Cass., 10 settembre 1999, n. 9617, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2000, 315; Cass., 1 dicembre 1998, n. 12195, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 672; Cass., 12 giugno 1982, n. 3604, *ivi*, 1983, I, 939.

³⁰⁰ Dalla natura contrattuale della responsabilità in questione, la giurisprudenza, applicando anche in tal caso il principio della vicinanza della prova sancito in via generale da Cass.,

informazione trova la propria fonte nella fattispecie del “contratto di assistenza sanitaria”, che – come si è visto – caratterizza il rapporto tra paziente ed ente ospedaliero, e/o nel c.d. “contatto sociale” tra paziente e medico, quel “contatto” cioè che consente di connotare in termini contrattuali anche il legame giuridico tra essi instauratosi a seguito dell’accettazione del paziente nella struttura da cui il medico dipende.

L’inquadramento nell’ambito contrattuale di questa responsabilità viene spiegata in quanto, come si può leggere in una recentissima pronuncia della Cassazione³⁰¹, “la condotta di corretta informazione sul trattamento sanitario, specie quando è ad alto rischio, non appartiene ad un momento prodromico esterno al contratto, ma è condotta interna al c.d. contatto medico ed è elemento strutturale interno al rapporto giuridico che determina il consenso al trattamento sanitario”. Ed in effetti l’attività professionale medica si configura come una prestazione complessa che comprende una fase diagnostica ed una terapeutica, tra le quali si colloca l’obbligo di informazione volto ad ottenere la partecipata adesione del paziente alla terapia e ai trattamenti propostigli³⁰².

Peraltro, la ricca casistica giurisprudenziale sul tema ha consentito anche di precisare quale debba essere il contenuto dell’informazione dovuta dal medico e, in questo modo, si è tentato di tracciare un confine oltre il quale sussiste ed è stato riconosciuto senz’altro l’inadempimento contrattuale dell’operatore sanitario. In particolare, affinché possa dirsi correttamente assolto l’obbligo informativo, è necessario che esso riguardi la natura dell’intervento, la sua portata ed estensione, i rischi³⁰³ ed i risultati conseguibili, nonché le possibili conseguenze negative e la possibilità di

S.U., 30.10.2001, n. 13533, cit., afferma che deve essere il medico a dimostrare il fatto estintivo del dovere di informazione, ossia di avervi adempiuto: cfr. Cass., 7027/2001, cit.; Trib. Milano, 25.02.2005, cit.

³⁰¹ Cfr. Cass., 19.10.2006, n. 22390, in *Danno e Resp.*, 2007, f. 1, p. 103

³⁰² In questo senso, si veda Trib. Milano, 24.03.2005, in *Danno e Resp.*, 2005, f. 10, p. 1032; cfr. anche Trib. Milano, 25.02.2005, in *Danno e Resp.*, 2006, f. 1, p. 69.

³⁰³ In ordine ai rischi, viene precisato che essi consistono solo nei rischi prevedibili e che l’obbligo di informazione non si estende solo anche agli esiti anomali, ricollegabili ad una soggettiva del paziente non prevedibile con i mezzi diagnostici a disposizione e con riferimento ai dati anamnestici del paziente stesso: si vedano App. Milano, 02.10.2002, in *Jus*, 2003, 8, 876; Cass., 30 luglio 2004, n. 14638, cit.

ottenere il medesimo risultato attraverso altri interventi³⁰⁴. Da ciò si evince che i giudici, condivisibilmente, ritengono che l'informazione debba sempre essere quanto più completa possibile, proprio al fine di assolvere alla funzione di ottenere un consenso consapevole ed effettivo da parte del paziente; ed è per questo che è stato giustamente precisato che la semplice sottoscrizione del modulo informativo prima dell'intervento non sia in alcun modo idonea a ritenere adempiuto da parte dei medici l'obbligo *de quo* qualora quel modulo sia redatto in forma sintetica ed indicando solo genericamente che il paziente sarà sottoposto ad un'operazione chirurgica³⁰⁵. E' dato poi registrare in giurisprudenza una particolare attenzione per l'informativa resa al paziente quando si tratti di interventi di chirurgia estetica, nel qual caso, in quanto non finalizzati al recupero della salute in senso stretto, l'informazione deve essere tale da consentire una concreta comparazione tra rischi e benefici³⁰⁶. Infine, il consenso informato del paziente non deve concernere soltanto i rischi oggettivi e tecnici, in relazione alla situazione soggettiva e allo stato dell'arte della disciplina, ma debba riguardare anche la concreta eventuale carente situazione

³⁰⁴ Sull'ampiezza del contenuto del consenso, cfr., tra le tante, Cass., 30 luglio 2004, n. 14638, cit.; Cass., 21.07.2003, n. 11386, in *Mass.*, 2003, 11386; Cass., 16.05.2000, n. 6318, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2000, 940. Per la giurisprudenza di merito, v. Trib. Milano, 29.03.2005, in *Corr. Merito*, 2005, 787; App. Milano, 2 ottobre 2002, cit. In dottrina, sul tema del consenso informato, si segnalano: Izzo, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004, 280 ss.; Petri, *Il consenso informato all'atto medico*, in *Corr. Merito*, 2005, 145; Tommasi, *Consenso informato e disciplina dell'attività medica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 555; Di Luca, *Gli effetti del consenso informato nella prospettiva civilistica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 103; Donati, *Consenso informato e responsabilità da prestazione medica*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, I; Cacace, *Contenuti e funzioni del consenso informato: autodeterminazione individuale e responsabilità sanitaria*, in *Danno e Resp.* 2005, 863.

³⁰⁵ Cfr., ad es., Trib. Venezia, 04.10.2004, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 2, 525 e in *Danno e Resp.*, con nota di Guerra, *Consenso informato: tutela del diritto alla salute o della libertà di scelta?*; Trib. Milano, 24.03.2005, cit.

³⁰⁶ Il *leading case* in materia è rappresentato dalla sentenza Cass., 08.08.1985, n. 4394, alla quale la gran parte delle pronunce di merito e di legittimità si sono allineate nell'affermare la necessità che l'obbligo di informazione gravante sul chirurgo praticante interventi di chirurgia estetica si estenda alla "conseguibilità di un miglioramento effettivo dell'aspetto fisico, che si ripercuota favorevolmente sulla vita professionale e sulla vita di relazione". L'accento viene quindi posto sull'imprescindibilità, in questo settore, di un'informazione precisa e completa circa il rapporto tra rischi e benefici connessi all'intervento in questione. Infatti, proprio la finalità tipicamente migliorativa (piuttosto che curativa) della chirurgia estetica pone il problema di una rigorosa valutazione e comparazione della proporzionalità tra i rischi connessi all'intervento estetico ed i risultati attesi dal paziente. Sul consenso informato con specifico riferimento al settore della chirurgia estetica si veda, da ultimo, Trib. Pescara, 06.05.2006 e Cass., 23.05.2001, n. 7027, cit., con nota di Rossetti, *I doveri di informazione del chirurgo estetico*.

ospedaliera³⁰⁷, pur se solo momentanea, in rapporto alle dotazioni e alle attrezzature nonché al loro regolare funzionamento, così che il paziente possa non soltanto decidere se sottoporsi o meno all'intervento, ma anche se farlo in quella struttura o chiedere di trasferirsi in altra. Dunque, se è vero che la richiesta di uno specifico intervento chirurgico, avanzata dal paziente, può farne presumere il consenso a tutte le operazioni preparatorie e successive che vi sono connesse, qualora molteplici siano le tecniche di esecuzione ed esse comportino rischi diversi, è dovere del medico, cui pur spettano le scelte operative, informarlo dei rischi e dei vantaggi specifici ed operare la scelta in relazione all'assunzione che il paziente ne intenda compiere³⁰⁸.

Quanto sin qui rilevato, vale a mostrare come i giudici, contribuendo in maniera determinante ad individuare il contenuto in cui si specifica l'obbligo di informazione del medico, ne confermino costantemente la natura contrattuale.

Ebbene, la conseguente riconduzione, nell'alveo degli artt. 1218 ss. c.c., della responsabilità del medico per violazione dell'obbligo *de quo* assume una portata particolarmente significativa per l'indagine che si sta compiendo, in quanto rappresenta la necessaria premessa per verificare come la giurisprudenza, accordando in quella sede al paziente il risarcimento dei danni subiti, giunga a riconoscerne la fonte in un contratto pur trattandosi di pregiudizi aventi tipicamente natura non patrimoniale.

³⁰⁷ Sul punto si vedano, in particolare, Cass., 16.05.2000, n. 6318, cit.; Cass., 21.07.2003, n. 11316, in *Foro It.*, 2003, I, 2970, secondo cui, pur se al medico di fiducia scelto dal paziente non possono essere addebitate le carenze della struttura sanitaria in cui si trova ad operare, tuttavia egli ha l'obbligo di informarlo della eventuale, anche solo contingente, inadeguatezza della struttura stessa, tanto più se la scelta di essa sia effettuata proprio in ragione dell'inserimento di quel medico in quella struttura. Dunque, “ne consegue la persistenza del dovere del medico che abbia partecipato all'intervento in ragione di un rapporto professionale diretto con il paziente, di adoperarsi comunque per il raggiungimento del risultato al di là della sua estraneità alle insufficienze della struttura in cui abbia operato ed anzi tenendone conto al fine di conformare la propria condotta al raggiungimento dell'obiettivo costituito dall'esito favorevole dell'intervento”.

³⁰⁸ Così, Cass., 30.07.2004, n. 14638, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, f. 7-8. Si veda anche Cass., 21.07.2003, n. 11316, *cit.*, ove si precisa che “è noto che interventi particolarmente complessi, specie nel lavoro in equipe, ormai normale negli interventi chirurgici, presentino nelle varie fasi rischi specifici e distinti. Allorché tali fasi assumano una propria autonomia gestionale e diano luogo, esse stesse, a scelte operative diversificate, ognuna delle quali presenti rischi diversi, l'obbligo di informazione si estende anche alle singole fasi ed ai rispettivi rischi”. In senso conf.: Cass., 15.01.1997, n. 9374, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, f. 1.

Non c'è dubbio, infatti, che gli interessi coinvolti in questo ambito siano di carattere "esistenziale", essendo rappresentati dal diritto alla autodeterminazione individuale e dalla tutela della dignità umana. Sono gli stessi giudici, d'altro canto, a ritenere che il principio del consenso informato costituisce "evidente specificazione" dell'art. 2 Cost. e trova inoltre fondamento nell'art. 13 Cost., il quale "garantisce l'inviolabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica", nonché nell'art. 32, u.c., Cost., secondo cui nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge³⁰⁹.

Proprio questo collegamento tra consenso consapevole e diritti fondamentali della persona ha costituito il fondamento giurisprudenziale per accordare il risarcimento del danno esistenziale connesso all'inadempimento dell'obbligo (contrattuale) in questione. Si è così affermato che "la corretta ed adeguata informazione preventiva al paziente è necessaria per

³⁰⁹ Cfr. Cass., 14.03.2006, n. 5444, in *Giust. Civ.*, 2006, 4-5, 802; Cass., 06.10.1997, n. 9705, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 667; Cass., 12.06.1982, n. 3604, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 938; per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano, 29.03.2005, cit. Alle disposizioni sopra menzionate, va aggiunta anche la norma di cui all'art. 33, l. 23.12.1978, n. 833, che esclude la possibilità di accertamenti e di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente, se questo è in grado di prestarlo e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità ex art. 54 c.p. Va, infine considerato che è stata correttamente abbandonata dalla giurisprudenza la considerazione del consenso informato come scriminante dell'attività medica ai sensi dell'art. 50 c.p. (eventualmente in combinazione con gli artt. 51 e 54 c.p.), in quanto "l'attività medico-chirurgica si autogiustifica in funzione della sua utilità sociale" senza che si debba ricostruire il consenso informato come fondamento della liceità penale dell'attività medico-chirurgica. Merita notare che la tesi del consenso informato come scriminante del reato di lesioni posto in essere dal medico è stata abbandonata anche dalla giurisprudenza penale che pur l'aveva inizialmente accolta. Per l'attuale orientamento v. Cass. pen., 29.05.2002, n. 528, per la quale l'attività terapeutica, essendo strumentale alla garanzia del diritto alla salute previsto dall'art. 32 Cost., è autorizzata e disanimata dall'ordinamento ed è quindi scriminata da uno stato di necessità ontologicamente intrinseco, senza che sia necessario fare riferimento alle cause di giustificazione codificate; la tesi del consenso informato come scriminante è invece espressa da Cass. pen., 21.04.1992, in *Cass. Pen.*, 1993, 63, *Riv. It. Medicina Legale*, 1993, 460. D'altro canto, la giurisprudenza civile era da tempo su questa linea, giacché già nel 1981 la S.C. escludeva che il consenso informato al trattamento medico andasse ricondotto all'art. 50 c.p., ma piuttosto ad un'obbligazione contrattuale in capo al medico curante (cfr. Cass. civ., 26.03.1981, n. 1773, in *Arch. Civ.*, 1981, 544; precedentemente la Cassazione civile era sembrata propendere per una diversa ricostruzione, e si può citare Cass. civ., 25.07.1967, n. 1950, in *Resp. civ. prev.*, 1968, 243, che ricollega l'obbligo di consenso informato alla necessità che il paziente possa decidere della propria incolumità fisica). E tale orientamento, rimasto costante negli anni, porta la giurisprudenza di legittimità ad affermare (così Cass. civ., 23.05.2001, n. 7027, in *Foro it.* 2001 2504; tra i precedenti conformi ricordo Cass. civ., 25.11.1994, n. 10014; Cass. civ., 15.11.1997, n. 364, in *Foro It.*, 1997, I, 771) che l'attività medica trova fondamento e giustificazione, nell'ordinamento giuridico in quanto essa stessa legittima, essendo volta a tutelare un bene costituzionalmente garantito, qual è quello della salute.

salvaguardare il diritto di quest'ultimo all'autodeterminazione, diritto che invece viene leso dall'inadempimento dell'obbligazione informativa, con la conseguenza che in questi casi si è di fronte ad un danno non patrimoniale e precisamente ad un danno esistenziale, inteso come riparazione correlata alla privazione del diritto alla scelta consapevole da parte del paziente"³¹⁰. In altri termini, quando il medico o la struttura sanitaria non adempiono all'obbligo informativo, ledono il diritto del paziente a scegliere in ordine alla propria esistenza, diritto che per i giudici configura un valore primario di rango costituzionale e dalla cui violazione scaturisce un danno non patrimoniale da inadempimento³¹¹.

Infine, va al riguardo sottolineato che i giudici tendono sempre più frequentemente a riconoscere il risarcimento del danno per il solo fatto dell'inadempimento dell'obbligo di esatta informazione che il sanitario era tenuto ad adempiere, prescindendo del tutto dalla correttezza o meno del trattamento o dalla negligenza-imperizia del medico in ordine all'intervento chirurgico. Superando una tradizionale impostazione³¹², infatti, viene ora

³¹⁰ Trib. Venezia, 04.10.2004, cit. In questa pronuncia si afferma che l'obbligo informativo trova il proprio fondamento nel contratto di assistenza sanitaria tra struttura e paziente, la cui violazione dà perciò luogo al risarcimento del danno esistenziale da inadempimento. In particolare, nella specie una persona si era sottoposta ad intervento chirurgico di sostituzione di una valvola cardiaca, ma non veniva adeguatamente informata dei rischi e delle possibili complicanze; il consenso che esprimeva sottoscrivendo l'apposito modulo era quindi viziato dall'omessa informazione. L'esito sfortunato dell'intervento chirurgico (pur non dipeso dalla negligenza-imperizia del personale curante) la rendeva gravemente invalida, con un rilevante danno di cui veniva chiesto il risarcimento all'azienda sanitaria locale, chiamata a rispondere del mancato consenso informato. Il Tribunale di Venezia risarcisce a titolo di danno esistenziale l'espropriazione del "diritto a scegliere in ordine alla propria esistenza" derivata dall'inadempimento dell'obbligo di informazione preventiva del paziente da parte dei medici curanti. La sentenza appare tuttavia criticabile nel momento in cui inspiegabilmente richiama l'art. 2059 c.c. come referente normativo, richiamo che peraltro risulta contraddetto dall'ulteriore passaggio della sentenza stessa, che, a proposito del regime probatorio applicabile nella specie, si riferisce alla regola generale di cui all'art. 1218 c.c.

³¹¹ Si vedano anche Trib. Genova, 10.01.2006, in *Danno e Resp.*, 2006, 537 e Trib. Milano, 24.03.2005, cit.

³¹² L'impostazione tradizionale, seguita da una giurisprudenza oramai minoritaria, sosteneva che qualora mancasse il nesso causale tra l'intervento ed il danno subito dal paziente, non potesse esservi alcuno spazio per accertare se occorresse o meno il consenso informato. In questo senso, v. Cass., 30 luglio 2004, n. 14638, cit., secondo cui "perché l'inadempimento dell'obbligo di informazione dia luogo a risarcimento, occorre che sussista un rapporto di causalità tra l'intervento chirurgico e l'aggravamento delle condizioni del paziente o l'insorgenza di nuove patologie"; cfr. anche App. Milano, 2 ottobre 2002, cit., ove si afferma che "quando il consenso manchi sarebbe semplicemente irragionevole farne derivare automaticamente l'illiceità della condotta del medico, in

precisato che “l’inadempimento dell’obbligo di informazione dà luogo al diritto al risarcimento del danno conseguente a tale specifica causa e va tenuto distinto dal risarcimento dei danni legati al tipo di intervento praticato”³¹³; dunque, la correttezza o meno del trattamento non assume alcun rilievo ai fini della sussistenza dell’illecito per violazione del consenso informato ed è del tutto indifferente ai fini della configurazione della condotta omissiva dannosa e dell’ingiustizia del fatto, la quale sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione, non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni.

Si tratta di un recente approdo che acquista particolare rilievo alla luce della tematica in esame, in quanto configura la mancanza di consenso informato come autonoma fonte di responsabilità contrattuale e, quindi, di risarcibilità dei danni non patrimoniali che ne derivano.

4.5. L’omessa diagnosi di malformazioni del feto: inadempimento del contratto tra medico e gestante e individuazione dei soggetti legittimati al risarcimento dei danni non patrimoniali

Un altro settore della contrattualità medica particolarmente esposto a danni di natura non patrimoniale è rappresentato da quello diagnostico.

In effetti, nella casistica giurisprudenziale sono frequenti le domande risarcitorie per omesse o errate diagnosi di una malattia che, invece, sarebbe stato possibile diagnosticare secondo le ordinarie conoscenze scientifiche. In questi casi, i giudici sono concordi nell’affermare che la diagnosi errata integra di per sé un inadempimento della prestazione sanitaria e, come tale, dà diritto al risarcimento del danno, il quale viene riconosciuto non solo a titolo di danno patrimoniale identificato in particolare nella c.d. perdita di

quanto la mancanza del consenso informato è fonte di responsabilità solo se dall’intervento derivino danni effettivi”.

³¹³ In questi termini, Cass., 14.03.2006, n. 5444, cit.; Cass., 29.07.2004, n. 14888, cit.; per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Paola, 15.05.2007, in *Corr. Merito, sez. Osservat. dir. proc. civ.*, f. 7-8; Trib. Venezia, 04.10.2004, cit.; Trib. Genova, 10.01.2006, cit., secondo cui “qualora l’informazione fornita dal medico al paziente prima di un intervento sia colpevolmente lacunosa e ciò determini una concreta incidenza sulla decisione terapeutica, è risarcibile, anche in assenza di un complessivo peggioramento della salute, il danno non patrimoniale correlato alla privazione della possibilità di una scelta libera e consapevole”.

*chance*³¹⁴, ma anche a titolo di danno non patrimoniale, cioè di danno biologico e/o esistenziale. Si tratta, con tutta evidenza, di danni non patrimoniali da inadempimento, nonostante la riscontrata ritrosia che ancora la maggior parte dei giudici manifesta per un esplicito inquadramento concettuale in tal senso e nonostante talvolta ancora se ne riconosca il risarcimento attraverso il richiamo alla norma di cui all'art. 2059 c.c. e non in base ad una lettura aperta dell'art. 1218 c.c.³¹⁵.

Maggiormente complessa e di particolare interesse per l'analisi che si sta compiendo è la fattispecie di omessa diagnosi di malformazioni del feto, la quale è stata oggetto di alcune recenti pronunce della Cassazione e che, per ciò che attiene ad un profilo strettamente giuridico, solleva numerose questioni in ordine alla fonte del risarcimento, ai soggetti legittimati e alle tipologie di danni risarcibili³¹⁶.

³¹⁴ Per ciò che concerne il c.d. danno da perdita di chance, esso viene considerato come “un'autonoma voce di danno emergente che va commisurato alla perdita della possibilità di conseguire un risultato positivo, e non alla mera perdita del risultato stesso, e la relativa domanda è diversa rispetto a quella di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato”: cfr., Cass., 2.02.2005, n. 2042, in *Danno e Resp.*, 2005, f. 4, p. 441; Cass., 4.03.2004, n. 4400, ivi, 2004, f. 10, p. 1016. Peraltro, in ordine alla questione del nesso causale tra il danno e l'omissione medica, sono state determinanti, anche in campo civilistico, le conclusioni cui è giunta la Cass. pen., S.U., 11.09.2002, n. 30328, nota come sentenza Franzese, a seguito della quale si può affermare che il medico è responsabile del danno quando una tempestiva diagnosi avrebbe evitato l'aggravamento delle condizioni del paziente, basando questo giudizio su una “alta o elevata credibilità razionale” e non più su “serie ed apprezzabili possibilità di successo” (in tal senso si era invece espressa la prevalente giurisprudenza: cfr., ad esempio, Cass. pen., 5.10.2000, in *Riv. pen.*, 2001, 452; Cass. pen., 1.10.1999, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 469). Si tratta del c.d. giudizio controfattuale, ossia quella particolare astrazione consistente nell'ipotizzare quali sarebbero state le conseguenze della condotta alternativa omessa dal medico e, in secondo, luogo, nella verifica che la condotta alternativa corretta presenti un'alta probabilità logica di scongiurare l'evento di danno.

³¹⁵ Cfr., ad esempio, Trib. Roma, 9.04.2005, in *Danno e Resp.*, 2005, f. 8-9, p. 914. Il caso di specie riguarda la domanda di risarcimento del danno morale, biologico ed esistenziale proposta da una paziente nei confronti del medico e dell'ospedale che l'avevano in cura, per non averle diagnosticato un carcinoma mammario di cui era affetta. Il giudice, dopo aver precisato che nella specie ricorre una responsabilità contrattuale, con conseguente ripartizione dell'onere probatorio ai sensi dell'art. 1218 c.c., riconosce il risarcimento sia del danno biologico, sia del danno morale ma a norma dell'art. 2059 c.c. Inoltre, la sentenza esclude il risarcimento del danno esistenziale, rinnegando l'autonomia concettuale di tale figura di danno e ritenendo che, essendo questa voce risarcitoria già ricompresa nella liquidazione del danno morale, il suo riconoscimento darebbe luogo ad ingiustificate duplicazioni di danno. Sulla controversa figura del danno esistenziale e sui contrapposti orientamenti in ordine al suo riconoscimento, si veda ampiamente *supra*, capitolo I, par. 1.5.

³¹⁶ In dottrina, sulle diverse problematiche sollevate da tale fattispecie, cfr. Ferrando, *Nascita indesiderata, situazioni protette e danno risarcibile*, in D'Angelo (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Milano, 1999. Si noti, comunque, che l'ipotesi di omessa diagnosi di malformazioni del feto va a sua volta tenuta distinta da quella

Al fine di fare chiarezza sul punto, è bene distinguere le tre posizioni soggettive che sono suscettibili di essere pregiudicate dall'inadempimento del medico.

La prima posizione giuridica ad essere stata inizialmente oggetto di tutela in sede giurisprudenziale è quella della gestante. La ragione di ciò è probabilmente rinvenibile nel duplice fatto che il contratto di prestazione medica (consistente, tra l'altro, nel rilevare le condizioni del feto e formulare la corrispondente diagnosi, impiegando a tal fine la diligenza e perizia richieste) intercorre formalmente tra due soli soggetti, appunto il ginecologo e la gestante, ed inoltre nel fatto che è solo quest'ultima ad essere titolare, al ricorrere dei presupposti previsti dalla legge, del diritto di scegliere per l'interruzione della gravidanza.

E' opportuno premettere che la legge n. 194/1978 consente alla gestante di interrompere la gravidanza solo in presenza di determinate condizioni: entro i primi novanta giorni (art. 4) laddove "la donna accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica e psichica"; dopo i primi novanta giorni (art. 6) "quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna, oppure quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna".

Il problema fondamentale, che ha condizionato sia l'*an* del risarcimento sia l'inquadramento giuridico della responsabilità del medico che ometta di diagnosticare eventuali malformazioni del feto, concerne la

concernente la nascita indesiderata di un *figlio sano*, che la donna non è riuscita ad evitare ad esempio per un fallito intervento di sterilizzazione. Anche in questi casi, peraltro, viene in rilievo l'inadempimento contrattuale del medico e, a giudizio di chi scrive, sono potenzialmente risarcibili sia i danni non patrimoniali sia quelli patrimoniali subiti dalla donna, nonché gli eventuali pregiudizi subiti dal padre (potendosi applicare la teoria degli effetti protettivi del contratto nei confronti di terzi, che la giurisprudenza ha elaborato con riferimento alla fattispecie delle omesse malformazioni del feto: v. *infra*). In tema di nascita indesiderata per fallito intervento di sterilizzazione, cfr. Trib. Venezia, 10.09.2002, in *Danno e Resp.*, 2003, f. 4, 403 ss., che riconosce a favore della madre il risarcimento del danno costituito dal costo del mantenimento del figlio non desiderato, nonché il danno morale ma riconducendolo – nonostante si parli di responsabilità contrattuale del medico – all'art. 2059 c.c.

dibattuta questione di quale sia il bene giuridico che la legge citata intende tutelare, con riferimento alla posizione della gestante.

In un primo tempo, ritenendosi che la *ratio* della normativa fosse esclusivamente quella di proteggere la salute della donna, se ne faceva derivare che il risarcimento dei danni era ammesso solamente in presenza di una accertata compromissione di tale bene. In particolare, l'originario approccio della Cassazione è consistito nell'incentrare il problema risarcitorio sulla responsabilità extra-contrattuale del medico per violazione del diritto alla salute della donna, nel senso che la lesione della tutela della sua salute era il punto da cui i giudici prendevano le mosse per qualificare il comportamento del ginecologo come fatto illecito e, quindi, ricondurlo nella sfera della responsabilità aquiliana³¹⁷.

Tuttavia, una siffatta ricostruzione non appare condivisibile sotto diversi profili.

Innanzitutto, dal punto di vista della ricostruzione giuridica, la condotta omissiva del ginecologo non può essere inquadrata nell'ambito dell'art. 2043 c.c., in quanto, qualificandosi ormai in termini contrattuali sia la responsabilità del medico sia dell'ente ospedaliero, è evidente che anche nei casi di omessa diagnosi prenatale ci si trovi di fronte all'inadempimento di una obbligazione di natura contrattuale (rilevare le condizioni del feto e formulare la corrispondente diagnosi) che espone il ginecologo al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 1218 c.c.

Quanto poi alle finalità della legge, tra esse è possibile individuare anche quella, distinta dalla tutela della salute, consistente nel garantire la libertà della donna di decidere tra la circostanza di interrompere la gravidanza e quella di andare incontro ai rischi che la stessa potrebbe comportare; ben può affermarsi, infatti, che la richiesta di interruzione di gravidanza, se considerata come frutto di una scelta dell'individuo (peraltro tutelata dall'ordinamento, seppur al ricorrere di determinate condizioni) è una forma di esercizio della libertà di autodeterminazione. Quindi nella suddetta legge è ravvisabile anche la tutela di un più generale diritto

³¹⁷ Cfr., Cass., 8.07.1994, n. 6464, in *Giur. It.*, 1995, I, 790, con nota di Turillazzi e Seri, *Responsabilità del sanitario per la mancata interruzione della gravidanza*; App. Cagliari, 12.11.1998, in *Danno e Resp.*, 1999, 1031.

all'autodeterminazione in campo di scelte procreative da parte della donna, diritto che può essere pregiudicato dal medico che, attraverso un'errata diagnosi prenatale, priva *ab origine* la gestante da ogni facoltà di scelta.

Ebbene, proprio in questo senso sembra essersi mossa la più recente giurisprudenza, sia nel qualificare in termini contrattuali la responsabilità del ginecologo nei confronti della gestante, sia nel ricondurre nell'ambito dei danni non patrimoniali il danno da nascita indesiderata, connesso alla lesione di un diritto della personalità che non è più solo il diritto alla salute ma anche il diritto all'autodeterminazione. Le sentenze che si occupano di questi casi, infatti, si soffermano dettagliatamente sulla descrizione di tutte le alterazioni non patrimoniali correlate ad una nascita non voluta. In tal modo, viene riconosciuto a favore della madre anzitutto il danno biologico da inadempimento contrattuale del ginecologo, cioè quel danno all'integrità psico-fisica determinata dal trauma connesso alla tardiva scoperta delle malformazioni del neonato³¹⁸. Si precisa, altresì, che il medico che non abbia adempiuto al dovere di informazione sulle malformazioni del feto incorre in una responsabilità contrattuale e deve risarcire non solo il danno alla salute in senso stretto, ma anche il danno biologico in tutte le sue forme³¹⁹. Inoltre, le sentenze più recenti dimostrano come anche questo settore sia stato particolarmente influenzato dall'emergere della controversa figura del danno esistenziale: spesso, ad esempio, tale danno viene ravvisato nella lesione del diritto primario di libertà della gestante ad autodeterminarsi rispetto alla propria vita (costituzionalmente protetto *ex art. 2 Cost.*), nonché nella compromissione del diritto ad una procreazione responsabile³²⁰ o nelle conseguenze psicologiche derivate dall'impossibilità di prepararsi all'evento nefasto³²¹. E, più in generale, si afferma che sussiste il diritto al risarcimento

³¹⁸ Si veda Trib. Perugia, 7.09.1997, in *Foro It.*, 1999, I, 77, ove viene accolta la pretesa risarcitoria relativa al danno biologico patito dalla madre per aver avuto una conoscenza solo posteriore, e contraria alle previsioni prospettate, della malformazione del neonato.

³¹⁹ Cass., 1.12.1998, n. 12195, in *Foro It.*, 1999, I, 77

³²⁰ Si veda, ad esempio, Trib. Busto Arsizio, 17.07.2001, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 441, con nota di Bilotta, *La nascita indesiderata di un figlio ed il conseguente danno esistenziale*. In dottrina, cfr., Patania, *Diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione dei genitori come principali espressioni del diritto alla personalità. Risarcimenti dei danni conseguenti ad una nascita indesiderata*, in *Dir. e form.*, 2004, 741.

³²¹ Cfr., Trib. Locri Sidereo, 6.10.2000, in *Danno e Resp.*, 2001, 39, con nota di Bilotta, *Il danno esistenziale: l'isola che non c'era*. In dottrina, si veda anche Bona, *Mancata*

del danno esistenziale da inadempimento per omessa diagnosi di malformazioni del feto e che tale risarcimento viene concesso al fine di tutelare “la vita diversa o peggiore” rispetto a quella che la madre avrebbe altrimenti condotto se avesse potuto compiere una scelta consapevole in ordine alla prosecuzione o meno della gravidanza³²².

Dal punto di vista risarcitorio, quindi, si tratta con tutta evidenza di casi in cui è dato riscontrare il riconoscimento di danni non patrimoniali derivanti da un inadempimento contrattuale, i quali sono stati di fatto considerati risarcibili dalla giurisprudenza seppure continui ancora a mancare un esplicito inquadramento giuridico in questi termini.

Tale risarcimento, peraltro, si caratterizza in modo peculiare anche sotto il profilo del collegamento eziologico: si tratta, a questo punto, di affrontare la delicata questione relativa alla prova del nesso di causalità tra errata diagnosi prenatale e mancato esercizio da parte della gestante del diritto all’interruzione della gravidanza, così da verificare quando possano trovare accoglimento le pretese risarcitorie di quest’ultima.

Al riguardo, la giurisprudenza ha chiarito che il risarcimento del danno per il mancato esercizio del diritto all’interruzione della gravidanza, a causa dell’inadempimento del sanitario, può essere riconosciuto alla donna non per il solo fatto dell’inadempimento dell’obbligo di esatta informazione da parte del ginecologo, ma solo se siano provate la sussistenza dei presupposti della fattispecie legale per l’esercizio del diritto stesso e la volontà di esercitarlo da parte della gestante, se fosse stata informata correttamente della diagnosi. Si precisa, poi, che “il solo inadempimento del dovere di esatta informazione da parte del sanitario potrà dar luogo al diritto

diagnosi di malformazioni fetali: responsabilità del medico ecografista e risarcimento del danno esistenziale da wrongful birth, in *Giur. It.*, 2001, 1052.

³²² In questi termini, Cass., 20.10.2005, n. 20320, in *Danno e Resp.*, 2006, 513, la quale qualifica appunto come “esistenziale” la radicale trasformazione delle prospettive di vita della madre, salvo poi aggiungere, onde evitare obiezioni di sorta: “se, poi, la definizione di danno esistenziale è inadatta, lo si chiami come si vuole, ma la sostanza sembra decisamente rimanere quella che si è cercato di illustrare”. Sulla portata innovativa di tale pronuncia anche rispetto alla posizione del padre, si veda più diffusamente *infra*. Tra i contributi dottrinari dedicati al tema del c.d. danno da nascita indesiderata, si vedano: Bona-Virzi, *Procreazione e danno*, in *Il danno alla persona*, a cura di Monateri-Bona-Oliva-Peccenini, Torino, 2000, 229; Gorgoni, *Interruzione della gravidanza tra omessa informazione e pericolo per la salute (psichica) della partoriente*, in *Danno e Resp.*, 1999, 768.

al risarcimento del danno eventuale conseguente a detta causale, ma non al risarcimento del danno conseguente alla lesione del diritto all'interruzione della gravidanza. Ciò, per l'ovvia considerazione che in caso di insussistenza degli elementi integrativi della fattispecie legale, la mancata interruzione della gravidanza è da ascrivere eziologicamente appunto alla mancata integrazione della fattispecie legale o alla mancanza di una volontà in tal senso della gestante e non all'omessa o errata informazione da parte del medico"³²³.

Il problema consiste allora nel capire come possa dirsi provato che la gestante, se adeguatamente informata, avrebbe deciso di esercitare il diritto all'interruzione della gravidanza.

Secondo l'orientamento tradizionale, si doveva compiere un giudizio *ex ante* (cioè, al momento dell'omessa informazione), in via prognostica ed ipotetica, al fine di accertare se la notizia delle reali condizioni del feto avrebbe effettivamente ingenerato nella donna un processo patologico, di natura psichica, suscettibile di grave evoluzione, procedendosi così ad una valutazione postuma fondata su presupposti scientifici, ma espressa pur sempre in termini meramente ipotetici e probabilistici. In sostanza, partendo dalla considerazione che il "pericolo" per la salute della donna richiesto dalla l. n. 194/1978 costituisce il presupposto per reputare legittimo il ricorso all'interruzione di gravidanza, si riteneva che si dovesse concretamente accertare se la conoscenza della patologia del feto al momento dell'effettuazione degli opportuni accertamenti ecografici avrebbe determinato il pericolo, ad esempio, di una reazione depressiva della madre³²⁴. Si trattava, come si può facilmente notare, di una prova posta a carico della donna difficile ed anomala, dovendosi peraltro dimostrare non un fatto ma una serie di ipotesi.

³²³ In questi termini si è espressa una delle principali sentenze che hanno contribuito a definire i confini della responsabilità del sanitario per omessa diagnosi di malformazioni del feto; si tratta di Cass., 29.07.2004, n. 14488, in *Giust. Civ.*, 2005, I, 121.

³²⁴ Si veda, ad esempio, Cass., 24.03.1999, n. 2793, in *Foro It.*, 1999, I, 1084: sul presupposto che solo la sussistenza delle condizioni per procedere all'interruzione della gravidanza consente di ritenere esistente il nesso di causalità tra il comportamento dei sanitari e il danno, nella motivazione si legge che l'inadempimento dell'obbligo di corretta informazione, da parte del medico nei confronti della paziente di per sé non rileva ai fini del risarcimento del danno, se la paziente non dà la prova della sussistenza delle condizioni previste dall'art. 6 della l. n. 194/1978 per il ricorso all'interruzione della gravidanza.

In realtà, più di recente si è venuta affermando una preferibile diversa ricostruzione che, rinunciando a qualsiasi indagine prognostica di questo tipo, si basa sulla considerazione secondo cui proprio perché la gestante è stata privata della possibilità di scelta tra interruzione e prosecuzione della gravidanza, in presenza di gravi malformazioni fetali, è possibile assumere come normale e conforme al piano della regolarità causale la decisione della donna (se tempestivamente informata) di interrompere la gravidanza; decisione che potrebbe semmai divenire oggetto di indagine qualora siano allegati dal convenuto elementi idonei a ritenere il contrario (come dati statistici o di comune esperienza, correlati alle patologie fetali, o anche a fattori ambientali, culturali e personali). In altri termini, il fatto che “la legge consenta alla donna di evitarle il pregiudizio che da quella condizione deriverebbe al suo stato di salute, rende legittimo per il giudice assumere come normale e corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto e perciò rende legittimo anche il ricondurre al difetto di informazione, come alla sua causa, il mancato esercizio di quella facoltà”³²⁵. In questo modo, quindi, si consente al giudice di merito di “postulare in questa situazione il nesso di causalità senza discutere il punto”, delineando una vera e propria presunzione *iuris tantum* e così richiedendo, ai fini della prova contraria, l’allegazione di fattori ambientali, culturali o di storia personale, idonei a dimostrare in modo certo che, pur informata, la donna avrebbe accettato la continuazione della gravidanza.

Al danno da nascita indesiderata, che si è appena esaminato con riferimento alla gestante, si contrappone specularmente il problema della vita

³²⁵ In questi termini, Cass., 10.05.2002, n. 6735, in *Foro It.*, 2002, I, 3115; su questo punto, la pronuncia è richiamata anche da Cass., 21.06.2004, n. 11488, cit. Per la giurisprudenza di merito, cfr., da ultimo, Trib. Reggio Calabria, 31.03.2004, in *Danno e Resp.*, 2005, f. 2, p. 179 in cui esplicitamente si afferma che “il medico che omette di diagnosticare per mezzo di ecografia un grave stato malformativo fetale, impedisce l’esercizio del diritto all’aborto ed è responsabile dei danni, *patrimoniali e non, conseguenza immediata e diretta del suo inadempimento*” e Trib. Palermo, 3.03.2003, *ivi*, 2003, I, 3115. In senso contrario sembra invece orientarsi Trib. Catania, 3.05.2004, in cui si afferma che la legge n. 194/1978 non autorizza l’uso dell’aborto come strumento selettivo dei feti con riferimento alla loro salute e quindi non consente alla donna di praticare l’aborto solo perché non vuole la nascita di un bambino malato; ebbene, poiché non è possibile ritenere aprioristicamente che ogni gravidanza nella quale il feto sia affetto da una malattia è necessariamente causa di un pregiudizio alla salute della madre, deve ritenersi giuridicamente infondata l’affermazione dell’esistenza di un “diritto” della donna di abortire i figli malati.

non voluta dal figlio che nasce affetto da una malattia ed intende far valere la responsabilità del medico e/o dell'ente ospedaliero.

Passando allora ad esaminare la posizione giuridica del bambino, è necessario verificare se, qualora sia nato con malformazioni, anche questi possa domandare nei confronti del sanitario il risarcimento dei danni.

Si tratta di un'indagine di particolare rilevanza ai fini della trattazione, in quanto pure il rapporto giuridico medico-bambino è potenzialmente idoneo - come si dimostrerà - a dar luogo a danni non patrimoniali da inadempimento che la giurisprudenza ha considerato risarcibili, a prescindere dunque dalla loro fonte.

La questione, tuttavia, è particolarmente delicata e riguarda la configurabilità, in capo al soggetto nato con malformazioni, di un diritto al risarcimento dei danni subiti per "vita non sana" azionabile nei confronti del medico che ha omesso di rilevare le malformazioni e di informare la gestante della presenza delle stesse, impedendo alla donna di compiere la scelta di interrompere la gravidanza.

Per affrontare questa complessa problematica, appare opportuno distinguere nettamente tra due situazioni.

Il primo caso è quello in cui la malformazione del bambino non trova causa in un errore terapeutico commesso dal sanitario, essendo a questo addebitabile solo l'inadempimento dell'obbligo di informazione nei confronti della gestante, la quale non ha così potuto autodeterminarsi all'interruzione della gravidanza.

E' evidente che riconoscere in questa ipotesi il risarcimento del danno nei confronti del figlio significa ammettere la configurabilità nel nostro ordinamento di un vero e proprio diritto a non nascere³²⁶ come situazione giuridica sostanziale riconoscibile e tutelabile in capo al nascituro; il che coinvolge anche il tema generale dell'inizio della soggettività e, in particolare, quello dell'individuazione del momento in cui possa ritenersi

³²⁶ Il tema è stato di recente affrontato da: Moscarini, *Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere*, in *Famiglia*, 2005, 193 ss.; Guglielmucci, *Riflessioni in tema di danni da procreazione*, in *Danno e Resp.*, 2007, f. 10, 957 ss.; Simone, *Danno alla persona per nascita indesiderata*, in *Danno e Resp.*, 2002, 493; Alpa, *Wrongful life: soluzioni controverse*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, n. 2, 65 ss.; Cacace, *Ancora a proposito di nascite indesiderate*, in *Danno e Resp.*, 2003, 1233

esistente un soggetto portatore di interessi e diritti tutelati dall'ordinamento. In realtà, a parere di chi scrive, appare preferibile escludere che l'esistenza possa costituire di per sé fonte di danno risarcibile, soprattutto alla luce di un sistema come quello delineato dalla Costituzione e dallo stesso ordinamento civilistico (si pensi, ad esempio, agli artt. 2 e 32 Cost., nonché all'art. 1 c.c.), incentrati sulla tutela primaria della vita e sulla valorizzazione della nascita come momento che attribuisce alla persona la capacità di essere soggetto giuridico autonomo: un diritto a non nascere si dimostrerebbe del tutto incompatibile con l'attuale ordinamento che considera la vita come bene giuridico supremo ed indisponibile³²⁷.

La giurisprudenza³²⁸, d'altro canto, sembra orientarsi in modo netto in questo senso, essendo pressoché unanime nel negare la tutela risarcitoria nei confronti del bambino con riferimento al danno dato dalla nascita in sé intesa e cioè il c.d. danno da *wrongful birth*. Si afferma, infatti, che l'ordinamento positivo tutela il concepito e l'evoluzione della gravidanza esclusivamente verso la nascita e non anche verso la "non nascita", essendo

³²⁷ A ciò va anche aggiunta la considerazione secondo cui il risarcimento per il danno da nascita si potrebbe presentare come una pretesa tendenzialmente onnicomprensiva e dai contorni eccessivamente incerti, tale da ingenerare un livello elevato di conflittualità, essendo suscettibile addirittura di coinvolgere questioni quali quelle di risarcimenti da vita "infelice"; e non si potrà certo giungere a risarcire un bambino per il solo fatto di aver ricevuto una vita "infelice", perché la "felicità" dell'individuo è un dato della sfera psicologica, più che di quella giuridica, troppo vago e normativamente difficile da sostenere. Il problema, comunque, è ancora aperto, sia a livello di disamina comparatistica, che a livello di teoria generale. L'unico Paese in cui la questione del danno da procreazione è stata risolta, in senso negativo, è la Francia. Il problema era esploso con il noto caso *Perruche* (Cour de Cassation, 17.11.2000, in *Danno e Resp.* 2001, 475, con nota di Gorgoni), risoltosi con una decisione della Cassazione che aveva affermato la sussistenza di un diritto al risarcimento a favore del figlio; il clamore di questa decisione è stato tale da indurre il legislatore francese ad intervenire con un'apposita norma, l'art. 1, l. n. 203/2000 (nota come legge anti-*Perruche*), con cui è stato negato il risarcimento del minore e stabilito che "nessuno può pretendere il risarcimento di un danno derivante dal solo fatto della propria nascita". Per una prospettiva comparatistica si veda Bellisario, *Nascita indesiderata e vita non voluta: esperienze europee a confronto*, in *Famiglia*, 2001, 824.

³²⁸ La sentenza che chiarisce in modo definitivo tale problematica è Cass., 29.07.2004, n. 14488, cit. In essa vi è un chiaro rifiuto per la configurabilità, alla luce del nostro ordinamento positivo, dell'aborto eugenetico, reputandosi ammissibile solo un aborto terapeutico: "sostenere che il concepito abbia un diritto a non nascere, sia pure in determinate situazioni di malformazione, significa affermare l'esistenza di un principio di eugenesi o eutanasia prenatale, che è in contrasto con i principi di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., nonché con i principi di indisponibilità del proprio corpo di cui all'art. 5 c.c.". In senso conforme, si veda da ultimo Cass., 14.07.2006, n. 16123, in *Danno e Resp.*, 2006, f. 10, p. 1016. Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Roma, 9.03.2004, in *Danno e Resp.*, 2005, 197.

pertanto al più configurabile un “diritto a nascere” e a “nascere sani”³²⁹, suscettibile di essere inteso esclusivamente nella sua positiva accezione, cioè, sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale o extra-contrattuale o da contatto sociale, nel senso che nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie con comportamento omissivo o commissivo, doloso o colposo. Non si considera invece configurabile in capo a quest’ultimo un “diritto a non nascere” o a “non nascere se non sano”, come sembrerebbe di potersi desumere anche dal combinato disposto di cui agli artt. 4 e 6 della legge n. 194/1978. In base a queste disposizioni, infatti, si evince che: a) l’interruzione volontaria della gravidanza è finalizzata solo ad evitare un pericolo per la salute della gestante, serio (entro i primi novanta giorni) o grave (successivamente a tale termine); b) trattasi di un diritto il cui esercizio compete esclusivamente alla madre; c) le eventuali malformazioni o anomalie del feto rilevano esclusivamente nella misura in cui possono cagionare un danno alla salute della gestante e non già in sé e per sé considerate (con riferimento cioè al nascituro). A ciò va anche aggiunto che il diritto a non nascere sarebbe un diritto adespota, in quanto, come noto, a norma dell’art. 1 c.c. la capacità giuridica si acquista al momento della nascita ed i diritti che la legge riconosce a favore del concepito (artt. 462, 687, 715 c.c.) sono subordinati all’evento stesso della nascita, ma, appunto, esistenti solo dopo di essa. Nella fattispecie, invece, il diritto di non nascere, sino a tale momento non avrebbe un soggetto titolare, mentre successivamente ad essa detto ipotetico diritto sarebbe definitivamente scomparso. Inoltre, sotto altro profilo, ma nella stessa ottica, ipotizzare il diritto del concepito malformato di non nascere significa

³²⁹ In particolare, viene richiamato a tal proposito (cfr. Cass., 29.07.2004, n. 14488, cit.) l’art. 32 Cost., nel senso che la tutela della salute come diritto fondamentale dell’individuo non è limitata solo alle attività che si esplicano dopo la nascita o a questa condizionata, ma deve ritenersi estesa anche al dovere di assicurare le condizioni favorevoli nel periodo che la precede al fine di garantire l’integrità del nascituro. Si sottolinea inoltre che numerose norme prevedono forme di assistenza sanitaria alle gestanti ed assicurano ad esse i necessari congedi dal lavoro (cfr., l. n. 1204/1971; l. n. 1026/1976; l. n. 903/1977) non solo al fine di garantire la salute della donna, ma altresì al fine di assicurare il migliore sviluppo e la salute stessa del nascituro. Quindi, “attraverso tali norme non viene ovviamente attribuita al concepito personalità giuridica, ma dalle stesse si evince chiaramente che il legislatore ha inteso tutelare l’individuo sin dal suo concepimento, garantendo se non un vero e proprio diritto alla nascita, che sia fatto il possibile per favorire la nascita e la salute”.

concepire un diritto che, solo se viene violato, ha, per quanto in via postuma, un titolare, ma se tale violazione non vi è (e quindi non si fa nascere il malformato per rispettare il suo diritto a non nascere), non vi sarà mai un titolare: in altre parole, il titolare di questo postumo diritto non avrà mai la possibilità di esercitarlo.

Ebbene, alla luce di quanto sin qui detto deriva che, una volta nato, non può dal minore essere fatto valere come proprio danno da inadempimento contrattuale l'essere egli affetto da malformazioni per non essere stata la madre, a causa dell'omessa diagnosi medica, posta nella condizione di tutelare il proprio diritto alla salute facendo ricorso all'interruzione della gravidanza.

Ben diverso da quello fino ad ora esaminato è, invece, il caso in cui il medico, oltre ad aver omesso di diagnosticare le malformazioni, si sia reso responsabile delle stesse, nel senso che tali malformazioni sono a lui addebitabili sotto il profilo omissivo o commissivo; ciò può accadere per errate terapie adottate o per lesioni inferte al feto durante la sua vita prenatale a causa di negligenze mediche al momento dell'assistenza al parto o, ancora, per il mancato ricorso a terapie geniche in utero che, se la patologia fosse stata correttamente diagnosticata e comunicata alla gestante, avrebbero potuto evitare il peggioramento delle condizioni di salute del nascituro.

Ebbene, è evidente che in queste ipotesi possa ritenersi pienamente sussistente il diritto al risarcimento dei danni nei confronti del minore, in quanto in tali fattispecie le pretese risarcitorie trovano il loro fondamento non in un discutibile "diritto a non nascere", bensì in un vero e proprio inadempimento da parte del medico, assoggettato, come tale, alle ordinarie regole della responsabilità contrattuale. D'altro canto, la giurisprudenza ha precisato che la configurabilità di tale responsabilità non è preclusa dal fatto che, formalmente, nessun vincolo contrattuale avrebbe il medico nei confronti del nascituro, in quanto si è giustamente ritenuto che il contratto di prestazione professionale stipulato tra la gestante ed il sanitario obbliga quest'ultimo non soltanto a prestare alla stessa le cure e le attività necessarie al fine di consentirle una corretta gestazione, ma altresì ad effettuare, con la

dovuta diligenza, tutte quelle altre prestazioni necessarie al feto, sì da garantirne la nascita, evitandogli, nei limiti consentiti dalla scienza, qualsiasi possibile danno. A queste conclusioni, in particolare, si perviene ricorrendo alla teoria dei c.d. effetti protettivi nei confronti di terzi³³⁰, in forza della quale si è potuto affermare che gli obblighi scaturenti dal contratto d'opera non sono limitati alla prestazione dedotta in contratto, ma comprendono anche obblighi di protezione a favore del nascituro, in quanto, seppur soggetto terzo rispetto al contratto, la sua situazione soggettiva è strettamente connessa a quella del contraente principale. Il vero e proprio *leading case* sul tema risale alla sentenza Cass. n. 11503/1993³³¹, la quale aveva sostenuto che, in presenza di lesioni gravi del nascituro, addebitabili al comportamento dei sanitari, anche il soggetto che con la nascita acquista la capacità giuridica ha la possibilità di agire per far valere la responsabilità contrattuale per l'inadempimento delle obbligazioni accessorie, cui il sanitario è tenuto in forza del contratto stipulato con il genitore a garanzia di un suo specifico interesse. Applicando, così, la teoria degli effetti protettivi del contratto, si riconosce, accanto all'obbligazione principale, un'obbligazione accessoria a favore del nascituro (titolare del diritto a nascere sano), del tutto autonoma ed indipendente dalla prima, in forza della quale egli può agire direttamente nei confronti del medico, facendo valere una responsabilità di tipo contrattuale, pur senza aver stipulato alcun contratto.

Chiarita la natura contrattuale che, per questa via, viene riconosciuta alla responsabilità del medico rispetto alle malformazioni causate al

³³⁰ La figura del contratto con effetti protettivi verso terzi nasce nell'ambito della dottrina tedesca come strumento per superare il problema della tipicità degli illeciti extra-contrattuali ed è stata accolta anche nel nostro ordinamento per tutelare quei soggetti che necessariamente o istituzionalmente sono coinvolti nel contratto. Talvolta, infatti, il contratto ha ad oggetto una pluralità di prestazioni: accanto al diritto alla prestazione principale è garantito ed esigibile un ulteriore diritto, di tipo accessorio e derivante dai doveri di protezione a che non siano arrecati danni a terzi. Questi ultimi, allora, in quanto protetti dal contratto, possono agire proprio sulla base di esso, facendo valere un responsabilità di tipo contrattuale qualora vedessero pregiudicata la posizione che quel contratto mira appunto a tutelare. Pertanto, il contratto viene in tal modo integrato da obblighi che trovano il proprio fondamento nei principi della buona fede e di correttezza, superandosi così la concezione tradizionale che vuole gli effetti contrattuali limitati al contenuto dell'accordo e alle parti che lo hanno stipulato. In dottrina, cfr. Bianca, *Diritto Civile, Il contratto*, 3, Milano, 2000, 571 e Castronovo, *Obblighi di protezione*, cit.

³³¹ Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur.It.*, 1994, I,1, 550.

nascituro (e di cui è stata fatta omissione alla gestante in sede di diagnosi prenatale)³³², ed andando ad esaminare le tipologie di danni che i giudici hanno considerato risarcibili a favore del minore, si può notare come sia stato riconosciuto il risarcimento di danni tipicamente non patrimoniali, sebbene essi trovino la loro fonte in un inadempimento. Da una disamina delle pronunce sul tema, le quali si sono pressoché uniformate al citato precedente del 1993, si ricava infatti che i danni patiti dal bambino nato con malformazioni imputabili al sanitario sono stati risarciti a titolo di danno biologico (per violazione del diritto alla salute) e, più di recente, anche a titolo di danno esistenziale (inteso qui come definitiva compromissione delle possibilità di realizzazione piena della propria personalità), ritenendoli conseguenze immediate e dirette della responsabilità contrattuale del medico³³³.

Infine, proprio adottando la suddetta teoria degli effetti protettivi nei confronti di terzi, la giurisprudenza ha risolto, in tempi più recenti, anche il problema della tutela giuridica della posizione soggettiva del padre, ampliando così la sfera dei soggetti titolari del diritto risarcitorio – di fonte contrattuale - per i danni causati dall'omessa diagnosi di malformazioni del feto.

³³² Va aggiunto che quanto sin qui evidenziato vale anche per l'ipotesi in cui le malformazioni non siano imputabili al sanitario, ma si configura egualmente una sua responsabilità contrattuale per il fatto che l'omessa diagnosi prenatale, conseguenza di imperizia e negligenza nell'esecuzione dell'ecografia, ha impedito ai genitori di far ricorso a forme di terapia genica in utero o di programmare gli interventi chirurgici e terapeutici opportuni per una migliore assistenza e cura del bambino al momento della nascita. La sussistenza di questa responsabilità è stata per la prima volta presa in considerazione (anche se poi esclusa nel caso di specie, in quanto si è ritenuto che nessun intervento sul feto avrebbe potuto effettivamente limitare i danni alla salute del nascituro) da Trib. Reggio Calabria, 31.03.2004, in *Danno e Resp.*, cit., ove l'obbligazione di corretta diagnosi da parte del medico si considera finalizzata non solo a consentire alla gestante di esercitare il diritto all'interruzione della gravidanza, ma anche a consentire il ricorso a forme di terapia genica in utero per disinnescare il processo patologico in evoluzione.

³³³ Si vedano, per il riconoscimento del ristoro non patrimoniale al concepito: Cass., 7.06.2000, n. 7713, in *Foro It.*, 2001, I, 187, con nota di D'Adda, *Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio*; Cass., 9.05.2000, n. 5881, in *Danno e Resp.*, 2001, 169, con nota di D'Angelo, *Limitata prospettiva di vita e quantificazione del danno*; Cass., 19.05.1999, n. 4852, in *Foro It.*, 1999, I, 2874. Nella giurisprudenza di merito, si vedano: Trib. Monza, 8.05.1998, in *Danno e Resp.*, 1998, con nota di Gorgoni, *Brevi considerazioni sulla risarcibilità del danno morale del concepito*; Trib. Terni, 15.12.1995, in *Foro It., Rep.*, voce *Danni civili*, n. 138. Inoltre, si fa strada anche un autonomo diritto al risarcimento del bambino nato disabile (inteso come diritto al ristoro per *wrongful life*) che, con un'invalidità pari al 100% viene riconosciuto uguale a quello dell'evento morte: cfr., ad esempio, Trib. Reggio Calabria, 31.03.2004, cit.

La questione si era posta in quanto il diritto di decidere per l'interruzione della gravidanza sussiste, ai sensi della citata legge n. 194/1978, esclusivamente in capo alla donna, previo esame e riconoscimento delle sue condizioni di salute. Da ciò consegue che il padre non ha titolo giuridico per intervenire in tale decisione e la Corte Costituzionale³³⁴ ha d'altro canto riaffermato la legittimità costituzionale di questa scelta legislativa. Tuttavia, si tratta di capire se la mancata interruzione della gravidanza (la cui scelta, come detto, compete per legge solo alla donna), causata dall'inadempimento colpevole del sanitario, possa essere a sua volta fonte di danno per il padre del nascituro.

In un primo tempo i giudici, pur rilevando che l'erronea lettura delle risultanze ecografiche poteva produrre conseguenze pregiudizievoli non solo sulla posizione della gestante, ma anche nei confronti del padre, affermavano tuttavia che con riferimento a quest'ultimo si potessero tutt'al più ipotizzare dei c.d. danni riflessi. In particolare, la Suprema Corte riteneva che, quando per il mancato legittimo esercizio del diritto di interrompere la gravidanza – causato dall'omissione diagnostica del medico – la donna veniva a subire un danno grave alla salute, era altresì ipotizzabile in capo al marito un danno, pure biologico, ma solo sotto il profilo di danno riflesso, con la conseguenza che esso era configurabile se ed in quanto sussisteva il danno della gestante e nei limiti in cui si riusciva a dimostrare il nesso eziologico tra danno della vittima iniziale (la donna) e danno del congiunto³³⁵.

Tale ricostruzione, tuttavia, è stata superata nel momento in cui la Cassazione ha riconosciuto anche in capo al padre un danno immediato e diretto. Questa nuova e preferibile impostazione parte dall'assunto secondo cui in tema di responsabilità del medico per omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata, il risarcimento dei danni che costituiscono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del ginecologo all'obbligazione di natura contrattuale gravante su di lui spetta non solo alla madre, ma anche al padre, “atteso il

³³⁴ Cfr. ord. 31.03.1988, n. 389 e, in parte, C. Cost. 5.05.1994, n. 171.

³³⁵ In questi termini si era espressa Cass., 1.12.1998, n. 12195, in *Guida al Diritto*, n. 8/1999, 66 ss.

complesso di diritti e doveri che, secondo l'ordinamento, si incentrano sul fatto della procreazione³³⁶, non rilevando, in contrario, che sia consentito solo alla madre (e non al padre) la scelta in ordine all'interruzione della gravidanza. Infatti, sottratta alla madre la possibilità di scegliere a causa dell'inesatta prestazione del medico, agli effetti negativi del comportamento di quest'ultimo non può considerarsi estraneo il padre, che deve perciò ritenersi tra i soggetti protetti dal contratto col medico e quindi tra coloro rispetto ai quali la prestazione mancata o inesatta può qualificarsi come inadempimento, con tutte le relative conseguenze sul piano risarcitorio³³⁷.

Dunque, la ricostruzione del rapporto medico-gestante in termini di contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi ha consentito di considerare come contrattuale anche la responsabilità del sanitario nei confronti del padre e di aprire la strada al risarcimento di danni non patrimoniali da inadempimento pure nei suoi confronti.

Particolarmente rilevante proprio sotto questo punto di vista è la successiva sentenza della Cassazione n. 20320/2005³³⁸, la quale ribadisce anzitutto che, sottratta alla donna la possibilità di scegliere se interrompere o meno la gravidanza (al che è preordinata la prestazione del medico), “gli effetti negativi di questo comportamento si inseriscono in una relazione col medico cui non è estraneo il padre, rispetto alla quale la prestazione inesatta o mancata si qualifica come inadempimento e giustifica il diritto al risarcimento di tutti i danni che ne sono derivati”, non solo patrimoniali, ma anche e soprattutto non patrimoniali. La pronuncia, infatti, conclude riconoscendo anche al padre il diritto al risarcimento del danno biologico (da liquidarsi in via equitativa), facendolo rientrare tra i “danni provocati da inadempimento del sanitario, che costituiscono conseguenza immediata e

³³⁶ La pronuncia si riferisce in particolare al complesso di diritti e doveri che si desumono sia dalla legge n. 194/1978, sia dalla Costituzione e dal codice civile quanto ai rapporti tra coniugi e agli obblighi dei genitori verso i figli (artt. 29 e 30 Cost.; artt. 143 e 147 c.c., 261 e 279 c.c.). Tale complesso di disposizioni vale a spiegare, in quest'ottica, perché anche il padre rientri tra i soggetti protetti dal contratto e in confronto del quale la prestazione del medico è quindi dovuta.

³³⁷ Così, Cass., 10.05.2002, n. 6735, in *Resp. civ. prev.*, con nota di Gorgoni, *Il contratto tra la gestante e il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*; la sentenza è stata pubblicata anche in *Foro It.*, 2002, I, 3115, con nota di Palmieri e Simone; in *Nuova giur. civ. comm.*, con nota di De Matteis; in *Giur. It.*, con nota di Poncibò.

³³⁸ Cass., 20 ottobre 2005, n. 20320, in *Foro it.*, 2006, p. 2097

diretta anche nei suoi confronti e, come tale, risarcibile a norma dell'art. 1223 c.c.”.

E' evidente, allora, l'importanza che questa sentenza riveste nell'ambito della tematica oggetto del presente lavoro, in quanto rappresenta una delle poche pronunce che esplicitamente (e coraggiosamente) supera la tradizionale ostilità verso la fattispecie dei danni non patrimoniali da inadempimento riconoscendone il risarcimento non solo “di fatto” (come nella maggior parte delle sentenze sino ad ora esaminate), ma anche compiendone un innovativo inquadramento sistematico. La Cassazione, infatti, dopo aver fatto riferimento al danno non patrimoniale da inadempimento si orienta chiaramente per ricondurne il fondamento normativo non nell'ambito dell'art. 2059 c.c., bensì nell'ambito delle norme dettate in tema di responsabilità contrattuale, affermando che “esplicitamente prevista dall'art. 1223 c.c. con riferimento al danno patrimoniale, la norma regola anche il danno non patrimoniale”. La sentenza, quindi, conferma la tesi che si sostiene nel presente lavoro e che concerne non solo la configurabilità stessa dei danni non patrimoniali da inadempimento, ma anche la necessità di individuarne il fondamento normativo all'interno delle norme sulla responsabilità contrattuale, eventualmente tramite una loro interpretazione costituzionalmente orientata analoga a quella ormai acquisita dalla giurisprudenza con riferimento all'art. 2059 c.c.³³⁹.

³³⁹ Sul punto, si veda ampiamente *supra*, capitolo II.

CAPITOLO QUINTO

IL DANNO NON PATRIMONIALE IN PARTICOLARI IPOTESI DI INADEMPIMENTI CONTRATTUALI

5.1. Responsabilità degli insegnanti per i danni dell'alunno cagionati a se stesso: la qualificazione in termini di "contatto sociale" delle Sezioni Unite del 2002 contribuisce ad individuare un'ulteriore ipotesi di danno non patrimoniale da inadempimento

Come si è visto in tema di colpa medica, la Cassazione si è espressa a favore di una ricostruzione in termini di responsabilità contrattuale da contatto sociale nell'ipotesi di danno non patrimoniale arrecato dal medico dipendente del servizio sanitario nazionale nei confronti del paziente. Si è altresì verificato come in tal modo, affermandosi la natura contrattuale anche di questo tipo di responsabilità, cui consegue il diritto al risarcimento del danno, la giurisprudenza ha finito con il riconoscere di fatto ulteriori ipotesi di danno non patrimoniale da inadempimento.

Ebbene, un altro caso di danno non patrimoniale da contatto sociale è stato di recente affermato nel diverso ambito della responsabilità degli insegnanti per danni dell'alunno cagionati a se stesso. Sul punto si sono pronunciate le Sezioni Unite, secondo cui "quanto al precettore dipendente dall'istituto scolastico, osta alla configurabilità di una responsabilità extracontrattuale *ex art. 2048, 2° co.*, il fatto che tra precettore ed allievo si instaura pur sempre, per contatto sociale, un rapporto giuridico, nell'ambito del quale il precettore assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e di vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona"³⁴⁰. L'insegnante assume implicitamente, quindi, anche uno specifico obbligo di

³⁴⁰ Cass. S.U., 27.06.2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, 2635

protezione nei confronti della persona dell'allievo, di natura contrattuale e sostanzialmente intrinseco all'obbligo di istruire ed educare, dal cui inadempimento deriva il diritto dell'allievo stesso al risarcimento dei danni biologici, morali o esistenziali che ne possono conseguire. Si tratta evidentemente di una responsabilità per danno non patrimoniale da inadempimento

5.2. Alcune considerazioni in tema di danno “esistenziale” da inadempimento dei contratti di servizio, così come risarcito dalla recente giurisprudenza di merito

Si segnalano alcune pronunce di merito che in maniera più o meno consapevole hanno ammesso questo risarcimento per l'inadempimento di particolari fattispecie contrattuali.

Un noto caso è costituito dalla **mancata riuscita della video-ripresa di cerimonia nuziale**. Si tratta di un caso risalente agli anni novanta, affrontato dalla Pretura di Salerno³⁴¹, che si segnala in quanto viene spesso citato come una delle prime aperture, da parte dei giudici, verso il riconoscimento del danno non patrimoniale da inadempimento. La sentenza tratta di un'ordinaria ipotesi di risoluzione contrattuale per inadempimento avente ad oggetto un contratto d'opera stipulato fra una coppia di nubendi ed un fotografo, al quale era stato dato l'incarico di registrare su un supporto audio-visivo la loro cerimonia nuziale. I due coniugi, dimostrato che l'esecuzione dell'incarico era tanto scadente da rendere inutilizzabile l'opera realizzata, hanno chiesto al giudice adito di essere risarciti dal fotografo dei danni subiti, una volta dichiarata la risoluzione del contratto. Senonchè, è proprio la richiesta di risarcimento dei danni che presenta motivo di specifico interesse per la vicenda *de qua*. Il Pretore di Eboli, accogliendo una nozione di danno risarcibile alquanto moderna per il contesto dottrinario e giurisprudenziale di quegli anni, afferma: “alla stregua della prestazione rimasta ineseguita e non diversamente reintegrabile, non può dubitarsi che gli attori abbiano risentito, in un rapporto eziologico sempre direttamente riconducibile all'inadempimento del convenuto, anche

³⁴¹ Pret. Salerno, Sez. Eboli, 17 febbraio 1995, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 2037

di un danno ricollegato alla loro sfera psico-affettiva-emotiva (in dipendenza dell'utilizzazione che avrebbero fatto della cassetta anche in proiezione futura ed anche per il soddisfacimento di un loro interesse propriamente affettivo, estensibile anche alla sensibilità dei loro familiari) in relazione all'evidente importanza dagli stessi attribuita (e normalmente conferita dai nubendi allorquando decidono di far realizzare la riproduzione audio-visiva della loro cerimonia nuziale), al momento della stipulazione del contratto con il convenuto". Tuttavia, quando si tratta di qualificare dal punto di vista dogmatico la voce di danno così stigmatizzata, il Pretore di Eboli, con un inquadramento da ritenersi ormai superato alla luce dei più recenti sviluppi giurisprudenziali, ritiene che il danno suddetto "non si iscrive in realtà nell'ambito dei c.d. danni morali in senso stretto, per i quali come è noto vige la regola della risarcibilità soltanto nelle ipotesi tassativamente previste dalla legge (che si riducono, in pratica, solo a quelle in cui il danno derivi dalla commissione di un reato), ma nella sfera di un *tertium genus* (tra il danno propriamente patrimoniale e, appunto, quello morale) a cui appartengono le costruzioni del danno biologico e delle altre qualificazioni di danno in un primo tempo individuate dalla giurisprudenza (c.d. danno alla vita di relazione, danno estetico, ecc.) che attualmente vengono fatte rientrare in una rinnovata nozione dello stesso danno biologico. Evidentemente, tale forma di danno, inserito nella zona grigia dell'anzidetto *tertium genus*, non potendo essere quantificata sulla base di parametri predeterminati, deve essere liquidata sulla scorta di una valutazione equitativa ex art. 1226 c.c.". Comunque, al di là della dubbia qualificazione del danno in questione, la sentenza ha certamente il pregio di individuare un interesse affettivo alla cui soddisfazione avrebbe dovuto tendere il comportamento diligente del fotografo: interesse che, pertanto, serve ad identificare il contenuto preciso dell'obbligo del professionista all'interno del tipo negoziale astrattamente prescelto dalle parti e al quale non può non attribuirsi rilevanza in sede risarcitoria.

Più recenti sono invece alcune sentenze di merito che riconoscono il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento sotto forma di danno esistenziale, con tutte le conseguenze che ne derivano in ordine

all'ammissibilità stessa di tale figura di danno, soprattutto in quanto si tratta generalmente di casi in cui il riconoscimento del diritto al risarcimento potrebbe condurre ad una iper-protezione di situazioni giuridiche, la cui tutela è stata in alcuni casi riconosciuta se non attraverso un pallido aggancio costituzionale³⁴².

Ne è un esempio il caso di danni da **ritardata attivazione del servizio telefonico**, il cui risarcimento è stato concesso sulla base del fatto che "la ritardata attivazione del servizio telefonico è un inadempimento contrattuale da cui deriva un danno esistenziale, suscettibile di valutazione equitativa e consistente non solo nell'impossibilità di disporre subito del servizio, ma anche dei disagi che il creditore deve affrontare per sollecitare la Società ad adempiere"³⁴³.

Altra ipotesi è legata ai **ritardi in aeroporto**. Sul punto, è stato ad esempio affermato che "nel trasporto aereo, l'informazione sull'evolversi dei contrattamenti e sulle prevedibili contromisure, rientra tra gli obblighi non solo di cortesia, ma anche di assistenza del vettore nei confronti dei passeggeri-clienti. Dall'inadempimento di tali obblighi sorge in capo al vettore stesso un'obbligazione risarcitoria. Oltre ai danni patrimoniali di cui l'attore deve dare una prova specifica, deriva, in ogni caso, da tale inadempimento un danno alla sfera esistenziale, quali il nervosismo e la frustrazione connessi al notevole ritardo accumulato dal volo. Tale danno esistenziale è quantificabile equitativamente"³⁴⁴.

Ancor più emblematico è un recentissimo caso di danni da **interruzione nella somministrazione di energia elettrica**³⁴⁵ La sentenza,

³⁴² Si tratta dei criticati risarcimenti di danni c.d. "bagatellari", cui ha talvolta dato luogo un uso distorto della figura del danno esistenziale, venga essa riferita ad un illecito extracontrattuale o ad un inadempimento contrattuale. Per un maggiore approfondimento, v. *supra*, nota n. 3

³⁴³ G.d.P. Verona, 16 marzo 2000, in *Giur. it.*, 2001, 1159

³⁴⁴ G.d.P. Milano, 18 dicembre 2000, in *Dir. trasporti*, 2002, 288; in senso conforme, G.d.P. Bari, 7 novembre 2003, in *Danno e resp.*, 2004, 626

³⁴⁵ Trib. Napoli, 16 aprile 2007, in *Corr. Mer.*, 2007, sez. *Osservat. proc. e dir. civ.*, fasc. n. 8-9. Nella specie, Tizio, avendo stipulato un contratto di somministrazione di energia elettrica con l'Enel Distribuzione S.p.a., cita quest'ultima davanti al Giudice di Pace, per far dichiarare l'inadempimento del suddetto contratto e per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali, a seguito dell'interruzione della somministrazione di energia, che aveva interessato l'intero territorio nazionale, ed in particolare la Campania, per circa 15-18 ore. Di fronte all'accoglimento della domanda da parte del Giudice di Pace,

una volta riconosciuto l'inadempimento dell'Enel rispetto al contratto di somministrazione, che la obbligava ad assumersi anche i rischi della fornitura, si sofferma sulle voci di danno risarcibili e, dopo aver ritenuto pacifica la liquidazione dei danni patrimoniali, procede all'esame dei c.d. danni non patrimoniali. Richiamandosi alla nota svolta giurisprudenziale del 2003, che ha ricondotto nell'ambito applicativo dell'art. 2059 c.c. il risarcimento non più solo del danno morale da reato, ma anche del danno biologico e di ogni altro danno che leda un interesse della persona costituzionalmente protetto, il Tribunale ritiene che anche l'inadempimento del contratto di somministrazione di energia elettrica, con le conseguenze spiacevoli che esso può comportare sulla persona, possa essere fonte del risarcimento di un danno non patrimoniale. In particolare, tale danno è nella specie qualificato dal Tribunale come danno esistenziale, mostrando così di condividere quel filone giurisprudenziale che, anche di recente, si è espresso a favore della configurabilità di tale controversa figura di danno, definendolo come danno che altera le abitudini di vita e le potenzialità realizzatrici della persona. La sentenza ritiene perciò che l'interruzione di energia elettrica per un lungo lasso di tempo abbia provocato nell'utente una forte limitazione delle normali attività, espressioni del più generale svolgimento della propria personalità³⁴⁶.

E' evidente come, in questi ultimi casi esaminati, il problema che emerge non è tanto quello della risarcibilità di un "danno esistenziale da inadempimento", quanto piuttosto della necessità di stabilire dei limiti per tale risarcimento, evitando che la figura del danno esistenziale finisca per trasformarsi in un'occasione di incremento generalizzato delle poste di danno o in uno strumento di duplicazione risarcitoria di medesimi pregiudizi, dovendo piuttosto rappresentare, anche in caso responsabilità da

l'Enel propone impugnazione avanti al Tribunale di Napoli, che tuttavia conferma la piena responsabilità di dell'appellante in ordine al black out.

³⁴⁶ In particolare, si afferma che l'assenza di luce artificiale, l'impossibilità di utilizzare tutti gli elettrodomestici, il mancato funzionamento dei condizionatori e dei computers, dell'impianto di riscaldamento dell'acqua e dei citofoni, l'impossibile ricaricamento dei telefoni cellulari ed in generale il senso di angoscia provocato dall'attesa di un ritorno alla normalità, attesa durata circa quindici ore, sono elementi che hanno provocato un danno esistenziale, ingiusto e risarcibile.

inadempimento, un mezzo per colmare le lacune nella tutela risarcitoria della persona.

CAPITOLO SESTO

IL DANNO NON PATRIMONIALE DA INADEMPIMENTO IN AMBITO EUROPEO

6.1. Il contributo offerto dalla giurisprudenza comunitaria: il caso del “danno morale da vacanza rovinata”

Un importante contributo a favore della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento è stato offerto di recente dalla giurisprudenza comunitaria, che, compiendo un significativo passo verso l'unificazione del diritto europeo dei contratti, ha risolto la questione legata alla risarcibilità del c.d. danno da vacanza rovinata³⁴⁷ ed ha così affrontato uno dei problemi civilistici più dibattuti anche a livello comunitario: il danno morale contrattuale. Ci si riferisce alla nota pronuncia della Corte di Giustizia U.E., sez. VI, 12.03.2002, n. C 168/2000³⁴⁸, che, risolvendo la questione pregiudiziale sottoposta dal giudice di secondo grado austriaco, relativa all'art. 5 della direttiva CEE 1990/314³⁴⁹ in materia di viaggi, vacanze e circuiti “tutto compreso”, ha stabilito che tale articolo va interpretato nel senso che “il consumatore ha diritto al risarcimento anche del danno morale derivante dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in occasione di un viaggio tutto compreso”. La sentenza della Corte di Giustizia ha avuto un'efficacia dirompente sulla tradizione civilistica di molti ordinamenti degli Stati membri (che, sul punto, presentano soluzioni differenziate) obbligando i giudici nazionali, in

³⁴⁷ Con l'espressione “danno da vacanza rovinata” si è soliti indicare il minor godimento e lo stress o nervosismo patiti dal turista a causa del mancato o inesatto adempimento delle prestazioni oggetto del pacchetto turistico “tutto compreso”.

³⁴⁸ La sentenza è riportata e commentata in *Foro It.*, 2002, IV, 329 ss.; in *Danno e Resp.*, 2002, 1099 e ss.; in *Resp. civ. prev.*, 2002, 373; in *Giur. It.*, 2002, 1801

³⁴⁹ Secondo l'art. 5, n. 2, primo comma della citata direttiva impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie affinché l'organizzatore di viaggi risarcisca “i danni arrecati al consumatore dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione del contratto”. Il problema si è posto in quanto né tale art. 5 né nessun'altra disposizione della direttiva prevede espressamente il risarcimento del danno da vacanza rovinata.

virtù del principio dell'interpretazione conforme, a riconoscere il risarcimento del danno da vacanza rovinata quale danno morale da inadempimento.

Particolarmente significativi, come si può immaginare, sono stati gli effetti della decisione sulla giurisprudenza italiana³⁵⁰ che, come visto, si è sempre dimostrata piuttosto restia ad ammettere esplicitamente la categoria generale del danno non patrimoniale da inadempimento.

In Italia sono vigenti due fonti di disciplina dei pacchetti turistici: la Convenzione internazionale sul contratto di viaggio (CCV) del 23.04.1970, ratificata con l. 27.12.1977, n. 1084 (applicabile esclusivamente ai viaggi internazionali) ed il d.lgs. n. 111/1995 (ora sostituito dagli artt. 82 e ss. del nuovo Codice del Consumo) con cui è stata recepita la citata direttiva 90/314/CEE.

Gli artt. 13 e 15 della CVV e gli artt. 15 e 16, d.lgs. n. 111/1995 (confluiti negli artt. 94 e 95 Cod. Cons.) stabiliscono che in caso di recesso o annullamento del servizio il consumatore ha diritto, tra l'altro, "ad essere risarcito di *ogni ulteriore danno* dipendente dalla mancata esecuzione del contratto", senza che tuttavia sia contenuto alcun esplicito riferimento al danno da vacanza rovinata³⁵¹.

La giurisprudenza italiana, basandosi sulla tradizionale interpretazione restrittiva dell'art. 2059 c.c., per lungo tempo ha negato la risarcibilità del danno derivante dai disagi subiti dal turista, sul presupposto che "la privazione dei vantaggi connessi ad una vacanza non costituisce reato"³⁵².

³⁵⁰ Numerose sono state le sentenze che si sono occupate dell'argomento, ma si tratta di sole sentenze di merito, non essendo mai arrivate tali controversie in Cassazione.

³⁵¹ In dottrina, sul tema in generale, cfr., tra i tanti: Morandi, *Il danno da vacanza rovinata*, in Cendon-Ziviz, *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000; Pardolesi, *Turismo organizzato e tutela del consumatore: la legge tedesca sul contratto di viaggio*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, p. 59; Rossi Carleo, *Turismo organizzato e vacanza rovinata, la risarcibilità del danno*, in *Riv. dir. impresa*, 1995, 480; Guerinoni, *Il danno da vacanza rovinata e art. 2059 c.c.*, in *Contratti*, 1999, 44; Maiolo, *La Corte di Giustizia, il danno da vacanza rovinata ed il sistema bipolare di responsabilità civile*, in *Danno e Resp.*, 2002, 1106 ss.; Lezza, *I contratti di viaggio*, in *Tratt. dir. priv. Eur.*, a cura di Lipari, Padova, 2003, 255 ss.

³⁵² Così, ad es., Pret. Roma, 31 marzo 1973, in *Nuovo dir.*, 1973, 601; Trib. Firenze, 20 gennaio 1994, in *Giur. It.*, 1954, I, 481; App. Catanzaro, 30 giugno 1953, in *Rep. Foro It.*, 1954, voce *Responsabilità civile*, n. 406. Più di recente cfr. anche Corte d'Appello Milano, 24 giugno 1988, in *Dir. Trasporti*, 1990, 1, 258, secondo cui "il danno derivante da vacanza rovinata costituisce *pecunia doloris*, valutabile solo allorché la responsabilità del danneggiante derivi da reato".

Più aperta alla risarcibilità del danno *de qua* si è dimostrata la giurisprudenza successiva che, pur senza qualificarlo chiaramente, ne ha ammesso la risarcibilità soprattutto per le esigenze riparatorie emerse nei singoli casi concreti³⁵³. Il *leading case*, nel nostro ordinamento, sembra essere costituito da una pronuncia del 1989, con cui per la prima volta è stato ammesso il risarcimento del danno da vacanza rovinata come danno autonomo e distinto da quello patrimoniale per inadempimento, pur senza fare riferimento ad un preciso fondamento normativo³⁵⁴. Da allora, numerose pronunce di merito hanno riconosciuto il diritto del viaggiatore alla riparazione di tale ipotesi di danno, seppur con argomentazioni differenti³⁵⁵, principalmente basate su una lettura aperta dell'art. 2059 c.c. Si è sostenuto, cioè, che il risarcimento del danno da vacanza rovinata sarebbe riconducibile nell'ambito operativo di tale disposizione, il cui riferimento ai soli "casi previsti dalla legge" resterebbe soddisfatto dalle norme della legge n. 1084/1977, che ha ratificato la citata Convenzione del 1970, e dal d.lgs. n. 111/1995³⁵⁶. Tuttavia, accanto a pronunce che, anche di recente, hanno

³⁵³ In dottrina, tra i primi che si sono espressi a favore della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento del contratto di viaggio, si vedano: Ambanelli, *La responsabilità dell'intermediario nel contratto di viaggio*, in *Contratti*, 1993, 332; Vaccà, *Inadempimento contrattuale e risarcimento del danno non patrimoniale: vacanze da sogno e vacanze da incubo*, in *RC*, 1992, 263 ss.

³⁵⁴ Si tratta della nota sentenza Trib. Roma, 6 ottobre 1989, in *Resp. civ. prev.*, 1991, 512

³⁵⁵ Per un'esauriente panoramica giurisprudenziale, cfr. Molfese, *Il contratto di viaggio e le agenzie turistiche*, Padova, 1999, 307 e ss.

³⁵⁶ Si veda, ad es., Trib. Milano, 4 giugno 1998, n. 6736, in *Contratti*, 1999, 39, secondo cui in particolare "in caso di inadempimento del contratto di viaggio, va pure liquidato il danno morale. Tale danno, nonostante la collocazione della norma all'interno dell'art. 2059 c.c., è liquidabile anche nella sfera dei rapporti contrattuali, consentendo detta norma l'estensione, grazie al rinvio, oltre che nel caso in cui il fatto costituisca reato, agli ulteriori casi previsti dalla legge, rinvenendosi riscontro nell'art. 13 della CVV: proprio nell'espressione *qualunque pregiudizio* si rinviene il fondamento normativo dell'estensione ex art. 2059 c.c., dell'obbligo risarcitorio anche ai profili non patrimoniali del danno subito dal fruitore di servizi turistici". Affermano altresì la risarcibilità del danno da vacanza rovinata in base al combinato disposto tra l'art. 2059 c.c. e le norme della CVV e del d.lgs. 111/95: Trib. Bari, 8 agosto 2000, in *Foro It.*, 2001, I, 2089; Pret. Ivrea, 21 settembre 1998, in *Danno e Resp.*, n. 5/1999; Trib. Torino, 8 dicembre 1996, in *Resp. civ. prev.*, 1997, 818; Trib. Torino, 28 novembre 1996, in *Riv. Circolaz. e Trasp.*, 1998, 1004; Trib. Milano, 26 novembre 1992, in *Resp. civ. prev.*, 1993, 856; Trib. Bologna, 15 ottobre 1992, in *Contratti*, 1993, 327. Isolata è, invece, la ricostruzione compiuta dal G.d.P. Siracusa, 26 marzo 1999, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 1, 1205, che identifica il danno da vacanza rovinata non con il danno morale, ma con il danno biologico e ne afferma dunque la risarcibilità, secondo l'interpretazione allora dominante, ai sensi dell'art. 2043 c.c.: "nel caso di inadempimento del contratto di viaggio da parte dell'organizzatore, è risarcibile anche il danno da vacanza rovinata, che costituisce un danno non patrimoniale assimilabile al danno biologico e va

ammesso il risarcimento del danno in questione, non sono mancate altre di segno contrario che, riprendendo l'impostazione tradizionale secondo cui non è risarcibile il danno morale contrattuale, hanno rigettato le domande volte ad ottenere il risarcimento del danno da vacanza rovinata³⁵⁷.

In questo controverso panorama giurisprudenziale si è inserita la menzionata pronuncia dei giudici comunitari, che, vincolando alla propria interpretazione tutti i giudici e gli operatori del diritto degli Stati membri, espressamente qualifica il danno da vacanza rovinata come danno morale da inadempimento. La giurisprudenza di merito italiana ha così iniziato a richiamarsi direttamente alla pronuncia della Corte di Giustizia per ammettere, anche nel nostro ordinamento, la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento del contratto di viaggio. Si afferma, infatti, che “nel caso in cui un viaggiatore non riesca a fruire, in tutto o in parte, della vacanza per inadempimento del tour operator, quest'ultimo è tenuto, oltre alla refusione delle spese sostenute dal viaggiatore, anche al risarcimento del danno non patrimoniale da vacanza rovinata, il quale costituisce un'ipotesi di danno morale da inadempimento, eccezionalmente risarcibile alla luce del diritto comunitario, come interpretato dalla Corte di Giustizia”³⁵⁸. La giurisprudenza di questi ultimi tempi, quindi, sembrerebbe orientata a riconoscere il danno da vacanza rovinata come un danno regolato dai criteri della responsabilità per inadempimento ed evita di fare affidamento sulla possibilità di applicare l'art. 2059 c.c.³⁵⁹

inteso come pregiudizio subito dalla salute dell'individuo, avuto riguardo alla proiezione negativa nel suo futuro esistenziale delle conseguenze dell'evento dannoso”.

³⁵⁷ Si veda Trib. Venezia, 24 settembre 2000, in *Contratti*, 2001, 580, secondo cui “non può trovare accoglimento la domanda di risarcimento dei danni non patrimoniali c.d. da vacanza rovinata, atteso che la limitazione della risarcibilità alle sole conseguenze penali degli illeciti aquiliani (art. 2059 c.c.) non appare, allo stato della legislazione, superabile”. Dello stesso avviso anche G.d.P. Cagliari, 24 gennaio 2000.

³⁵⁸ Così, Trib. Roma, 26 novembre 2003, in *Contratti*, 2004, 511. Nello stesso senso cfr. anche: Trib. Roma, 19 maggio 2003, secondo cui “l'inadempimento o la cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in esecuzione di un contratto turistico impongono l'obbligo di risarcire il danno morale da vacanza rovinata, consistente nello stress e nel minor godimento della vacanza. Secondo quanto ritenuto dalla Corte di Giustizia Europea - sentenza 12.03.2002 n. 168/00 - il danno da vacanza rovinata rappresenta una figura di danno morale risarcibile senza alcun limite, secondo quanto disposto dai principi del diritto comunitario”; Trib. Roma, 2 ottobre 2003; Trib. Roma, 19 maggio 2003; G.d.P. Civitanova Marche, 26 marzo 2003; Trib. Napoli, 26 febbraio 2003.

³⁵⁹ Si vedano, in particolare, Trib. Verbania, 23 aprile 2002, in *Giur. It.*, 2004, 550; Trib. Treviso, 14 gennaio 2002, in *Giur. Mer.*, 2002, 1194

E' evidente l'impatto che la sentenza dei giudici comunitari ha avuto nel nostro ordinamento, in quanto, sia pur nel limitato settore dei viaggi tutto compreso e sebbene ancora considerata come un'ipotesi eccezionale, viene ora espressamente riconosciuta la risarcibilità di un danno morale di natura contrattuale³⁶⁰, il cui fondamento va individuato non nell'ambito dell'art. 2059 c.c., quanto piuttosto in quello contrattuale di cui all'art. 1218 c.c.³⁶¹.

6.2. I Principi Unidroit ed i Principi di diritto europeo dei contratti: prospettive per un riconoscimento normativo a favore della risarcibilità

Il problema della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento ha assunto di recente una vera e propria dimensione sovranazionale. In particolare, le stesse istituzioni comunitarie (cfr. la Comunicazione della Commissione Europea dell' 11 luglio 2001) hanno evidenziato come uno dei punti su cui è necessario uniformare il diritto contrattuale europeo è proprio quello della responsabilità civile da inadempimento, atteso che in questo settore sussistono delle differenze piuttosto marcate tra le diverse discipline vigenti negli Stati membri, tali da

³⁶⁰ Peraltro, successivamente alla svolta che il danno non patrimoniale ha subito nell'interpretazione giurisprudenziale a partire dall'anno 2003, ci si chiede se esso debba essere riconosciuto anche in tema di overbooking aereo (cfr., sul punto, Giandomenico, *Il danno non patrimoniale per negato o ritardato imbarco*, in *DT*, 2005, 1). In giurisprudenza, riconosce espressamente la risarcibilità del danno non patrimoniale da mancato imbarco, G. d. P. Alghero, 4 agosto 2004, in *Dir. Tur.*, 2005, 373. Nella giurisprudenza recente si segnala, inoltre, la propensione a riconoscere la risarcibilità del danno da vacanza rovinata anche in presenza di servizi turistici disaggregati non combinati in un viaggio organizzato. Cfr., ad esempio, G.d.P. Massa, 13 novembre 2003, che ha riconosciuto il danno da vacanza rovinata in materia di trasporto aereo, in presenza di mancata o ritardata consegna del bagaglio del passeggero, sulla base della considerazione che il servizio di trasporto era stato nella specie acquistato al fine di fruire di una vacanza. In senso analogo, v. anche G.d.P. Mestre, 22 novembre 2004, in *DT*, 2005, 691.

³⁶¹ In questo senso già Busnelli, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 15, il quale afferma che in tema di danno da vacanza rovinata, "trattandosi di responsabilità contrattuale, è tutt'altro che pacifico il fatto che il risarcimento del danno non patrimoniale subisca i limiti di cui all'art. 2059 c.c.". Per Gazzara, invece, "non pare che la questione rivesta ancora qualche rilevanza, atteso il sia pur implicito riconoscimento operato dal legislatore di un danno contrattuale non patrimoniale" (così Gazzara, *Vacanze tutto compreso e risarcimento del danno morale*, in *Danno e Resp.*, n. 3/2003, p. 247). In realtà, il problema del fondamento normativo, come già visto in precedenza, è tutt'altro che di poco conto, in quanto l'esser il danno morale in questione di natura contrattuale significa che esso può ritenersi sottoposto ai principi vigenti in tema di responsabilità contrattuale; così, ad esempio, principio cardine della responsabilità contrattuale è quello della prevedibilità del danno di cui all'art. 1225 c.c., che sicuramente ben si concilia con l'art. 5, par. 2, della direttiva, nel quale si consente di limitare contrattualmente il danno risarcibile diverso dalle lesioni corporali.

poter quasi annullare l'opera di armonizzazione del diritto contrattuale europeo e da comportare anche squilibri concorrenziali consistenti. Infatti, a fronte di sistemi giuridici, come quello francese, nei quali la regola di generale è nel senso della risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale, si riscontrano sistemi nei quali la soluzione sul punto risulta molto più diversificata. Ad esempio, nel diritto inglese si distingue talora tra le varie tipologie di pregiudizi non patrimoniali, affermandone la risarcibilità solo in determinate ipotesi, quali quelle del danno consistente in una sofferenza psichica o in un patema d'animo o in una compromissione della salute. L'ordinamento tedesco, poi, si configura, quanto al risarcimento dei danni non patrimoniali, come un sistema fortemente restrittivo, ispirato al principio di tipicità delle ipotesi in cui è ammesso il risarcimento. Peraltro, a fronte di queste differenze normative, sia i Principi Unidroit (i quali hanno incontrato discreto favore come legge applicabile, per scelta dei contraenti, in sede di giudizio arbitrale, nonché come principi ispiratori di alcune legislazioni nazionali) sia i Principi di diritto europeo dei contratti hanno cercato di fornire un utile contributo verso il riconoscimento di una generalizzata risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento. L'art. 7.4.2. dei Principi Unidroit stabilisce che in caso di inadempimento "il danno può essere di natura non pecuniaria e comprendere, per esempio, la sofferenza fisica e morale". Analogamente l'art. 9:501 dei Principi di diritto europeo dei contratti afferma che "il danno di cui può essere domandato il risarcimento comprende il danno non patrimoniale e il danno futuro che è ragionevolmente prevedibile". La peculiarità di queste previsioni consiste nel fatto che, in tal caso, la regolamentazione di diritto privato europeo non si è limitata a recepire soluzioni già largamente radicate nei diversi ordinamenti (ove le normative al riguardo sono molto diversificate), ma ha piuttosto tentato di cogliere le linee di sviluppo interne a tutti i diversi sistemi giuridici, dalle quali sembra emergere, soprattutto a livello giurisprudenziale, una sempre più marcata esigenza di una generalizzata risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento.

BIBLIOGRAFIA

- Alpa**, *Wrongful life: soluzioni controverse*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, n. 2, 65 ss.;
- Amato**, *Il danno non patrimoniale da contratto*, in *Il nuovo danno non patrimoniale*, a cura di Ponzanelli, Padova, 2004, p. 156
- Amato**, *Il danno non patrimoniale da contratto*, in *Il nuovo danno non patrimoniale*, a cura di Ponzanelli, Padova, 2004, p. 152 e ss
- Arienzo**, *In tema di concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e di prescrizione dell'azione di risarcimento*, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 15;
- Ascenzi - Bergagio**, *Il mobbing*, Torino, 2000;
- Asquini**, *Massime non consolidate in tema di responsabilità nel trasporto di persone*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, p. 2 ss.;
- Asquini**, *Massime non consolidate in tema di responsabilità nel trasporto di persone*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 9;
- Auletta**, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 439
- Azzariti**, *In tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, II, p. 469 e ss.;
- Banchetti**, *Il mobbing*, in *Trattato breve dei nuovi danni*, Cendon (a cura di), Padova, 2001, 2080;
- Barassi**, *La teoria generale delle obbligazioni, II, Le fonti*, Milano, 1964, 509
- Barassi**, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964, 467
- Bargelli**, *Danno non patrimoniale e interpretazione costituzionalmente orientate dell'art. 2059 c.c.*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 675;
- Bellisario**, *Nascita indesiderata e vita non voluta: esperienze europee a confronto*, in *Famiglia*, 2001, 824
- Benatti**, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1342;

- Bender**, *Lo “Schmerzelgeld” e il danno non patrimoniale: il paragrafo 847 in relazione al danno alla salute*, in Ponzanelli, (a cura di), *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, p. 370
- Betti**, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 51 ss.;
- Bianca**, *Diritto civile, 3, Il contratto*, Milano, 2000, p. 39
- Bianca**, *Diritto civile, 5, L’obbligazione*, Milano, 1990, 71 ss.;
- Bianca**, *Diritto Civile, Il contratto, 3*, Milano, 2000, 571
- Bianca**, *Diritto civile, V, La Responsabilità*, Milano, 1994, p. 171
- Bianca**, *Diritto Civile, V, La responsabilità*, Milano, 1994, p. 170

BIBLIOGRAFIA

- Bilotta**, *Il prisma del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 4-5
- Bilotta**, *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, in *Giur. It.*, 2001, 1159
- Bilotta**, *La nascita indesiderata di un figlio ed il conseguente danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 441
- Bona**, *Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte Costituzionale apre (verso il nuovo art. 2059 c.c.)*, in *Danno e Resp.*, 2003, 939 ss;
- Bona**, *Mancata diagnosi di malformazioni fetali: responsabilità del medico ecografista e risarcimento del danno esistenziale da wrongful birth*, in *Giur. It.*, 2001, 1052
- Bona-Oliva**, *Nuovi orizzonti nella tutela della personalità dei lavoratori: prime sentenze sul mobbing e considerazioni alla luce della riforma Inail*, in *Danno e resp.*, 2000, 4, 403;
- Bona-Virzì**, *Procreazione e danno*, in *Il danno alla persona*, a cura di **Monateri-Bona-Oliva-Peccenini**, Torino, 2000, 229;
- Bonell**, *I principi Unidroit nella pratica*, Milano, 2002, p. 3 e ss.
- Bonilini**, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 215-216
- Breccia**, *Diligenza e buona fede nell’attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 284
- Breda**, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria*, in *Danno e Resp.*, 2006, f. 10, 953

- Burrows**, *Remedies for torts and breach of contract*, II ed., London, Dublin,, Edinburgh, 1994, p. 233
- Busnelli**, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2003, 816
- Busnelli**, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, *Danno e resp.*, 2003, 976
- Busnelli**, *Il danno alla persona al giro di boa*, in *Danno e resp.*, 2003, n. 3, 237 ss
- Busnelli**, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, p. 1 e ss.;
- Busnelli**, *Itinerari europei nella "terra di nessuno tra contratto e fatto illecito"*, in *Contr. e Impr.*, 1991, 546
- Busnelli**, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, 63
- Busnelli**, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, 748;
- C. Scognamiglio**, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, 468
- C. Scognamiglio**, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, p. 470
- Cacace**, *Ancora a proposito di nascite indesiderate*, in *Danno e Resp.*, 2003, 1233
- Cacace**, *Contenuti e funzioni del consenso informato: autodeterminazione individuale e responsabilità sanitaria*, in *Danno e Resp.* 2005, 863
- Cacciamo-Mobiglia**, *Mobbing: tutela attuale e recenti prospettive*, in *Dir. prat. Lav.*, 2000, n. 18;
- Carlomagno**, *Il mobbing danneggia l'esistenza*, in *Lav. Giur.*, 2002, p. 938;
- Carrassi**, *L'interpretazione da parte della Corte di Giustizia C.E. delle norme comunitarie è, indiscutibilmente, vera nomofilachia*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 1099

- Cassano**, *La prima giurisprudenza sul danno esistenziale*, Piacenza, 2002, 43 ss.
- Castronovo**, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998
- Castronovo**, *Edizione italiana dei Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, p. 490
- Castronovo**, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997
- Castronovo**, *La nuova responsabilità civile*, Milano 2006
- Castronovo**, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa e diritto privato*, 2003, 123
- Castronovo**, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 168
- Castronovo**, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1 ss
- Castronovo**, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 8
- Castronovo**, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 45
- Castronovo**, *Profili della responsabilità medica*, in *Vita not.*, 1997, III, 1226;
- Cendon**, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass. 8828/2003*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 675;
- Cendon**, *Esistere o non esistere*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 1251
- Cendon**, *Non di sola salute vive l'uomo*, in *Il danno esistenziale. In nuova categoria della responsabilità civile*, a cura di Cendon e Ziviz, Milano, 2000
- Cendon-Gaudino-Ziviz**, *Responsabilità civile*, in *Riv. trim.*, 1993, 1210
- Cendon-Ziviz**, *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, 2003;
- Cenini**, *Risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi di inadempimento contrattuale e vacanze rovinare*, in *Riv. dir. civ.*, n. 5/2007, p. 639
- Chindemi**, *Il danno esistenziale "esiste"*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, II, 1455 ss.

- Chironi**, *La colpa nel diritto civile odierno – La colpa contrattuale*, Torino, 1897, 567
- Cian**, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, 201 ss
- Cimaglia**, *Riflessioni su mobbing e danno esistenziale*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, II, p. 91 ss.;
- Comandè**, *Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto*, in *Contr. e Impr.*, 1994, 870
- Comandè**, *Le non pecuniary losses in common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 453
- Comandè**, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, Torino, 1999, p. 10 e ss.
- Costanza**, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 128
- Cricenti**, *Il danno non patrimoniale*, Padova, 2006, 97;
- Cricenti**, *Una diversa lettura dell'art. 2059 c.c.*, in *Danno e Resp.*, 2003, 939 ss
- Criceti**, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2006
- D'Adda**, *Il c.d. danno esistenziale e la prova del pregiudizio*, in *Foro It.*, 2001, I, p. 187
- D'Adda**, *Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio*, in *Foro It.*, 2001, I, 187
- D'Angelo**, *Limitata prospettiva di vita e quantificazione del danno*, in *Danno e Resp.*, 2001, 169
- D'Auria**, *Il licenziamento illegittimo del familiare*, in Cendon (a cura di), *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, 2004, 1431
- Dalmartello**, *Danni morali contrattuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, 53
- De Angelis**, *Interrogativi in tema di danno alla persona del lavoratore*, in *Foro It.*, 2000, I, p. 1554 ss.;
- De Cristofaro**, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 599;
- De Cupis**, *Il danno*, Milano, 1979, 127 ss
- De Cupis**, *Il danno*, vol. I, Milano, 1979, p. 131

- De Fazio**, *Appunti sul risarcimento del danno da superlavoro*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 1, 112;
- De Matteis**, *La responsabilità civile tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*, in *Danno e Resp.*, 1999, 783;
- Del Conte**, *La figura giurisprudenziale del danno da demansionamento: il problema delle fonti e della prova*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 629 ss.;
- Demarchi**, *La direttiva sui viaggi e vacanze tutto compreso*, in *Resp. civ. prev.*, 1992
- Denari**, *La responsabilità diretta e personale nel danno da mobbing*, in *Lav. prev.oggi*, 2000, 5;
- Di Luca**, *Gli effetti del consenso informato nella prospettiva civilistica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 103;
- Di Majo**, *L'avventura del danno biologico: considerazioni in punta di penna*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1996, 299
- Di Majo**, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 1
- Di Majo**, *Mezzi e risultati: una storia infinita*, in *Corr. Giur.*, 2005, 38;
- Di Marzio**, *Appunti in tema di locazione e danno esistenziale*, in Cendon, a cura di, *Danno e persona*, Milano, 2004
- Dionisi**, *Verso la depatrimonializzazione del diritto privato*, in *Rass. Dir. civ.*, 1980, 644
- Donati**, *Consenso informato e responsabilità da prestazione medica*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, I;
- Dubini**, *Il mobbing: forma illecita di violenza psicologica*, in *Igiene sic. lav.*, 2000, 10, 523;
- Ege**, *Commento a Trib. Como 22.05. 2001*, in *Lav. Giur.*, 2002, I, 76 ss
- Ege**, *Mobbing. Che cos'è il terrore psicologico sul posto di lavoro*, Bologna, 1996;
- Ege**, *Mobbing. Che cos'è il terrore psicologico sul posto di lavoro*, Bologna, 1996
- Failace**, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004;

- Ferrando**, *Nascita indesiderata, situazioni protette e danno risarcibile*, in D'Angelo (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Milano, 1999
- Ferrari**, *Prevedibilità del danno e "contemplation rule"*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 760 e ss.
- Fodale**, *La valutazione del danno da mobbing*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, 116;
- Foglia**, *Danno da mobbing nel rapporto di lavoro: prime linee di sviluppo giurisprudenziale*, in *Dir. e Lav.*, 2000, II, 3 ss.;
- Franzoni**, *Il danno alla persona*, Milano, 1995, 596
- Franzoni**, *Il danno alla persona*, Milano, 1995, 597
- Franzoni**, *Il danno alla persona*, Milano, 1995;
- Franzoni**, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, in *Corr. Giur.*, 2003, 1017
- Franzoni**, *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, 530;
- Franzoni**, *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, p. 527
- Gazzara**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2003
- Gazzara**, *Vacanze "tutto compreso" e risarcimento del danno morale*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 245
- Gazzoni**, *Alla ricerca della felicità perduta (psicofavola fantagiuridica sullo psicodanno psicoesistenziale)*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, 691;
- Gazzoni**, *L'art. 2059 c.c. e la Corte Costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 1313
- Giardina**, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993;
- Giardina**, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Una distinzione attuale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 79
- Giorgianni**, *Obbligazione (Diritto privato)*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 581;
- Giorgianni**, voce *Obbligazione*, in *Nuoviss. Dig. It.*, Torino, 1965, 598;
- Giuliani**, *Il danno biologico è, dunque, patrimoniale*, in *Contr. e Impr.*, 1986, 47

- Gorgoni**, *Brevi considerazioni sulla risarcibilità del danno morale del concepito*, in *Danno e Resp.*, 1998
- Gorgoni**, *I giudici e l'inadempimento del contratto di viaggio*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, p. 818
- Gorgoni**, *Il contratto tra la gestante e il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, in *Resp. civ. prev.*
- Gorgoni**, *Interruzione della gravidanza tra omessa informazione e pericolo per la salute (psichica) della partoriente*, in *Danno e Resp.*, 1999, 768
- Gottardi**, *Mobbing non provato e licenziamento per giusta causa*, in *Guida lav.*, 2000, n. 4, 25 ss.
- Greco**, *Danno esistenziale e risarcimento da mobbing*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, p. 411;
- Guerinoni**, *Contatto sociale e responsabilità contrattuale della Asl*, in *Contratti*, 2005, 975;
- Guerinoni**, *Danno da vacanza rovinata e art. 2059 c.c.*, in *Contratti*, 2001, p. 580 ss.
- Guerinoni**, *L'interpretazione della Corte di Giustizia riguardo al danno da vacanza rovinata*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 373
- Guglielmucci**, *Riflessioni in tema di danni da procreazione*, in *Danno e Resp.*, 2007, f. 10, 957 ss.;
- Iannarelli**, *Il danno non patrimoniale: le fortune della doppiezza*, in **Cendon-Ziviz**, (a cura di), *Il danno esistenziale*, Milano, 2000
- Iudica**, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 3;
- Izzo**, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004, 280 ss.;
- La Torre**, *Il contratto di viaggio tutto-compreso*, in *Giust. civ.*, 1996
- Lanotte**, *Ferie e riposo settimanale non goduti, tra tutela della salute e danno presunto da usura psico-fisica*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, 823
- Lanzillo**, *Osservazioni in tema di liquidazione dei danni non patrimoniali*, in *Temi*, 1966, p. 7
- Lazzari**, *Il mobbing fra norme vigenti e prospettive di intervento legislativo*, in *Riv.giur. lav.*, 2001, 59 ss.;

- Lezza**, *I contratti di viaggio*, in *Diritto Privato Europeo*, vol. II, a cura di Lipari N., Padova, 1997
- Liberati**, *Contratto e reato*, Milano, 2004
- Liberati**, *I reati contratto e in contratto*, Roma, 1998;
- Liberati**, *Rapporto di lavoro e danno non patrimoniale*, Milano, 2005
- Maccarone**, *Le immissioni - Tutela reale e tutela della persona – Danno esistenziale*, Milano, 2002
- Maiolo**, *La Corte di Giustizia, il danno da vacanza rovinata e il sistema bipolare della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 1106
- Majello**, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extra-contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 109 e ss., oggi in *Scritti di diritto patrimoniale*, Napoli, 1992, p. 265;
- Mariconda**, *Tutela del credito e onere della prova: la Cassazione è ad una svolta?*, in *Corr. Giur.*, 1998, 785;
- Mariggìò**, *Interessi esistenziali e mobbing*, in *Danno e Resp.*, 2007, f. 3, p. 237 ss
- Marini**, *La clausola penale*, Napoli, 1984;
- Martina**, *Nuovi danni nell'ambito del rapporto di lavoro: breve rassegna di giurisprudenza*, in *Dir. e Lav.*, 2003, p. 915;
- Matto**, *Il mobbing fra danno alla persona e lesione del patrimonio professionale*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, 4, 491;
- Mazzamuto**, *Il mobbing*, Milano, 2004;
- Mazzamuto**, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime di inadempimento*, in *Europa e diritto privato*, 2003, 672
- Mazzola**, *Il danno esistenziale da immissioni intollerabili*, in *Riv. giur. ambiente*, 2003, 839
- Medicus**, *Questioni attuali della responsabilità civile*, (trad. italiana di A. Braun) in *Annuario di diritto tedesco 2001*, Milano, 2002, p. 160 e ss.
- Mengoni**, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi" (Studio critico)*, in *Riv. dir. civ.*, 1954, I, 185;
- Mengoni**, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Encicl. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1072 e ss.;

- Messinetti**, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1992, p. 173
- Meucci**, *Considerazioni sul mobbing*, in *Lav. prev. oggi*, 1999, 1953;
- Micheli**, *In tema di onere della prova dell'inadempimento*, in *Giur. It.*, 1960, I, 1417
- Minervini**, *Il contratto turistico*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, p. 280
- Molfese**, *Il contratto di viaggio e le agenzie turistiche*, Padova, 1999, p. 307 e p. 329
- Monateri**, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale*, Padova, 1989
- Monateri**, *La responsabilità civile*, Sacco (a cura di), *Tratt. dir. civ.*, Torino, III, 1998, 113 e 753
- Monateri-Bona-Oliva**, *Il nuovo danno alla persona*, Milano, 1999
- Monticelli**, *Il c.d. danno da vacanza rovinata*, in *Casi e Questioni di diritto privato*, a cura di Bessone, Milano, p. 516
- Moscarini**, *Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere*, in *Famiglia*, 2005, 193 ss.;
- Natoli**, *L'attuazione, del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XVI, Milano, 1974, t. 2, 76;
- Navarretta**, *Il danno non patrimoniale tra solidarietà e tolleranza*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 789;
- Navarretta**, *La Corte Costituzionale e il danno alla persona "in fieri"*, in *Foro it.*, 2003, 2272;
- Nicolussi**, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, f. 2, 797 ss.;
- Nisticò**, *Mobbing o pregiudizio alla personalità morale?*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 327 ss.;
- Nivarra**, *La responsabilità civile dei professionisti: il punto sulla giurisprudenza*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 518

- Nocco**, *La responsabilità medica e le regole giurisprudenziali*, in **Comandè-Turchetti** (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, Padova, 2004;
- Nogler**, *Danni personali e rapporto di lavoro: oltre il danno biologico?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, p. 287 ss.;
- Nunin**, *Illeciti del datore e ricadute sul prestatore: profili psicologici, emotivi, psichiatrici*, in Cendon, a cura di, 2004, 1419
- Nunin**, *Mobbing: onere della prova e risarcimento del danno*, in *Lav. Giur.*, 2000, 835;
- Ogus**, *The law of Damages*, London, 1973, p. 307 e ss.
- Oliva**, *Mobbing: quale risarcimento?*, in *Danno e resp.*, 2000, 1, 27;
- Palla**, *Delle conseguenze derivanti dal lavoro prestato nel giorno di riposo settimanale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, 48;
- Panaiotti**, *Violazione dell'art. 2103 c.c. e danno risarcibile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, 2, 326
- Pardolesi**, *Turismo organizzato e tutela del consumatore: la legge tedesca sul contratto di viaggio*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 74 e ss.
- Patania**, *Diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione dei genitori come principali espressioni del diritto alla personalità. Risarcimenti dei danni conseguenti ad una nascita indesiderata*, in *Dir. e form.*, 2004, 741
- Pedrazzoli**, *Lesioni di beni della persona e risarcibilità del danno nei rapporti di lavoro*, in *Gior. dir. lav.*, 1995, 2
- Pera**, *Considerazioni problematiche sul danno biologico con particolare riguardo al rapporto di lavoro*, in *Giust. Civ.*, 1998, II, 84
- Petrelli**, *Il danno non patrimoniale*, Padova, 1997, p. 5 e ss
- Petri**, *Il consenso informato all'atto medico*, in *Corr. Merito*, 2005, 145;
- Petti**, *Il risarcimento del danno non patrimoniale e patrimoniale della persona*, Torino, 1999
- Petti**, *Il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale della persona*, Torino, 1999, 160
- Pierfelici**, *La qualificazione giuridica del contratto turistico e la responsabilità del tour operator*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, II, p. 658

- Pietrobon**, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969;
- Pizzoferrato**, *Mobbing e danno esistenziale: verso una revisione della struttura dell'illecito civile*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 304;
- Pizzoferrato**, *Molestie sessuali sul lavoro. Fattispecie giuridiche e tecniche di tutela*, Padova, 2000
- Ponzanelli** (a cura di), *Il nuovo danno non patrimoniale*, Padova, 2004, 141 ss
- Ponzanelli**, *Gli "esistenzialisti" dopo la svolta del 2003 e la sentenza della Cassazione penale sul caso Barillà*, in *Danno e resp.*, 2004, 966
- Ponzanelli**, *Il concorso di responsabilità: le esperienze italiane e francese a confronto*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, p. 36 e ss.;
- Ponzanelli**, *Il danno esistenziale e la Corte di Cassazione*, in *Danno e Resp.*, 2006, 8-9, 849
- Ponzanelli**, *La Corte Costituzionale si allinea con la Corte di Cassazione*, in *Danno e Resp.*, 2003, 939 ss
- Ponzanelli**, *Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in *Danno e Resp.*, 2004, 5 ss
- Ponzanelli**, *Prova del danno non patrimoniale ed irrilevanza del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 266
- Ponzanelli**, *Ricomposizione dell'Universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2003, 816;
- Ponzanelli**, *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, 693;
- Procida-Mirabelli-Di Lauro**, *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 233/03*, in *Danno e Resp.*, 2003, 939 ss
- Procida-Mirabelli-Di Lauro**, *La riparazione del danno alla persona*, Napoli, 1993, 278
- Quadri**, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato*, in *Danno e Resp.*, 1999, 1165
- R. Scognamiglio**, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 313
- Ravazzoni**, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, 224

- Rescigno**, *Il danno non patrimoniale (le letture dell'art. 2059 c.c. tra interpretazione e riforma)*, in *Dir. e Inf.*, 1985, p. 5 e ss
- Roberti**, *Il preteso assurdo cumulo di azione nel contratto di trasporto*, in *Foro It.*, 1960, IV, p. 26;
- Rocchi**, *Il regime prescrizione nell'ipotesi di danno per mancato godimento di riposo settimanale*, in *Giust. Civ.*, 2003, 4, 782
- Rodotà**, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964
- Roppo**, *Il contatto sociale e i rapporti contrattuali di fatto*, in Bessone (a cura di), *Casi e questioni di diritto privato*, Milano, 1993;
- Rossello**, *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto della giurisprudenza*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 642 e ss.;
- Rossetti**, *Danno esistenziale, un concetto inutile*, in *Dir. e Giust.*, 2004, 46, 80
- Rossetti**, *Danno esistenziale: adesione, iconoclastia od epokè?*, in *Danno e Resp.*, 2000, 209;
- Rossetti**, *Danno esistenziale: fine di un incubo*, in *Dir. e Giust.*, 2005, 40
- Russo**, *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 962 e ss
- Russo**, *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto*, in *RTDPC*, 1950, 971;
- Sacco**, *Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 2001, p. 131 e ss.;
- Sacco**, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in G. Visintini (a cura di) *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale. Analisi comparata di un problema*, Padova, 1989
- Sacco**, *Presunzione, natura costitutiva o impeditivi del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 406, nt. 26;
- Sagna**, *Il patto speciale di garanzia del chirurgo estetico: suddivisione delle obbligazioni tra quelle di mezzi e di risultato quale metodo anacronistico di valutazione della professione medica?*, in *Il Nuovo diritto*, 2006, f. 4-5, pt.1, 411 ss

- Salvi**, *Diritto europeo e responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 30
- Sanna**, *Osservazioni critiche in tema di contratto di spedalità*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 1552;
- Santoro**, *Mobbing: la prima sentenza che esamina tale fenomeno*, in *Lav. Giur.*, 2000, 360 ss.;
- Sapio**, *Lesione della sfera psico-affettiva emotiva e responsabilità contrattuale*, in *Giust. civ.*, 1998, 2043
- Sarica**, *Il contatto sociale tra le fonti della responsabilità civile*, in *Contr. Impr.*, 2005, 97;
- Scalisi**, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*, in *Danno e Resp.*, 2007, f. 10, 965
- Scaliti**, *Alcuni aspetti del danno non patrimoniale nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 1761
- Scognamiglio**, *Danno biologico e rapporto di lavoro subordinato*, in *Arch. dir. lav.*, 1997, n. 5, 1;
- Scognamiglio**, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 316
- Scognamiglio**, *Interpretazione del contratto e interesse dei contraenti*, Milano, 1992, p. 272 ss. e 367
- Serra**, *Inadempimento del contratto di viaggio e danno da vacanza rovinata*, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1205
- Serrao**, *Atti del convegno sul tema "Il danno esistenziale: traguardo di un percorso tormentato"*, Vicenza, 3-4.10.2003
- Sesta**, *Danno da vacanza rovinata e danno morale contrattuale*, in *Giur. It.*, 2002, c. 1801
- Simone**, *Danno alla persona per nascita indesiderata*, in *Danno e Resp.*, 2002, 493;
- Stanzione-Zambrano**, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998;
- Stoll**, *Il risarcimento del danno nel diritto tedesco*, in *Annuario di diritto tedesco 2001*, Milano, 2002, p. 200 e ss.
- Tampieri**, *Il danno esistenziale da immissioni acustiche nell'universo del danno alla persona*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2003, 1209

- Tassoni**, *Il contratto di viaggio*, Milano, 1998, cap. I e II
- Tassoni**, *Il nuovo D. Lgs. sui viaggi organizzati*, in *Contratti*, 1995
- Tommasi**, *Consenso informato e disciplina dell'attività medica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 555;
- Toscano**, *Responsabilità civile; problema del cumulo e del concorso delle responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, p. 248;
- Trimarchi**, *Causalità e danno*, Milano, 1967
- Trimarchi**, *Clausola penale*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, 351 ss.
- Tullini**, *Mobbing e rapporto di lavoro, una fattispecie emergente di danno alla persona*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 251 ss.;
- Turco**, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 104 e ss.;
- Turillazzi e Seri**, *Responsabilità del sanitario per la mancata interruzione della gravidanza*, in *Giur. It.*, 1995, I, 790
- Vaccà**, *Inadempimento contrattuale e risarcimento del danno non patrimoniale: vacanze da sogno e da incubo*, in *Resp. civ. prev.*, 1992, p. 263 e ss.
- Viglione**, *Prestazione d'opera intellettuale e disciplina applicabile tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *La Nuova giur. civ. comm.*, 2006, f. 7-8, pt. 1, 835
- Viscomi**, *Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ed effetti*, in *Lav. dir.*, 2002, I, 45
- Visintini**, *I fatti illeciti*, 2, Padova, 1990
- Visintini**, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965, 69;
- Visintini**, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contr. e Impr.*, 3, 2002, 903
- Visintini**, *Responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale (una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1077
- Visintini**, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, 567

Vittoria, *Un regolamento di confini per il danno esistenziale*, in *Contr. e Impr.*, 2003, 1217 ss.

Walter, *La nuova legge tedesca in materia risarcitoria*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 278 e ss.

Zeno-Zencovich, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir.comm.*, 1987, 77 e ss.;

Zeno-Zencovich, *Law & comics*, in *Danno e resp.*, 1999, 356

Zeno-Zencovich, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1987, 88-89

Ziviz, *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *Contr. e Impr.*, 1994, 845

Ziviz, *Chi ha paura del danno esistenziale?*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 793

Ziviz, *E poi non rimase nessuno*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 675;

Ziviz, *Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c.*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1036;

Cendon-Ziviz, *Vincitori e vinti (dopo la sentenza C.Cost. n. 233/2003)*, in *Giur. It.*, 2003, II, p. 1777;

Ziviz, *L'evoluzione del sistema di risarcimento del danno: modelli interpretativi a confronto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 61 ss. e 100

Ziviz, *La tutela risarcitoria della persona*, Milano, 1999

Ziviz, *La tutela risarcitoria della persona*, Milano, 1999, 461

Ziviz, *La tutela risarcitoria della persona. Danno morale e danno esistenziale*, Milano, 1999