



SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE  
“TULLIO ASCARELLI”

XXIV CICLO

Il danno non patrimoniale  
fra ordinamento interno e suggestioni europee

Francesco Zecchin

Tutor: Chiar.mo Prof. Andrea Nicolussi

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi

*Ai miei nonni, Francesco e Alfonso, che  
mi guardano dal Cielo*

## Indice

<b>INTRODUZIONE .....</b>	<b>6</b>
<b>CAPITOLO I.</b>	
<b>Diritti inviolabili e tipicità del danno non patrimoniale da fatto illecito .....</b>	<b>8</b>
1.1. La tipicità nella sua dinamica storica: dal reato ai diritti inviolabili	9
1.1.1. Il dibattito precedente all'emanazione del codice civile del 1942 e la novità dell'art. 2059	9
1.1.1.1. <i>L'art. 1151 c.c. 1865 tra Italia e Francia</i>	9
1.1.1.2. <i>La tesi di C.F. Gabba e la decisione delle Sezioni Unite del 27 aprile 1912</i>	11
1.1.1.3. <i>L'affiorare di una nuova concezione del danno</i>	15
1.1.1.4. <i>(segue) e le novità dell'art. 185, comma 2, c.p. 1930</i>	19
1.1.1.5. <i>Il diverso assetto della tipicità nell'art. 2059 del nuovo c.c.</i>	31
1.1.2. Una nuova frontiera: il danno biologico	35
1.1.2.1. <i>Art. 2043 o art. 2059 c.c.? Gli oscillamenti della Corte Costituzionale</i>	38
1.1.2.2. <i>Una nuova tipicità per l'art. 2059 c.c.</i>	42
1.1.2.3. <i>La tutela della salute in Inghilterra: tra Loss of amenities e Psychiatric Injury</i>	50
1.1.3. La responsabilità civile strumento di tutela della persona	55
1.1.3.1. <i>Danno non biologico, la formula omnibus «danno esistenziale» e spunti dal Common Law</i>	56
1.1.3.2. <i>Una proposta alternativa: guardare alla Costituzione</i>	60

1.1.3.3. <i>L'approdo ai diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione</i>	62
1.2. La categoria dei diritti inviolabili: una mascherata atipicità?	65
1.2.1. L'art. 2059 c.c. fra letture abrogative e tipicità a previsione generale rinforzata	66
1.2.2. L'art. 2 Cost.: «clausola generale» o «norma generale»?	72
1.3. La persistente tipicità delle ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale da fatto illecito	79
<b>CAPITOLO II.</b>	
<b>Il danno non patrimoniale da inadempimento .....</b>	<b>86</b>
2.1. L'obbligazione fra prestazione e interessi del creditore	87
2.1.1. Il modello proprietario del rapporto obbligatorio	87
2.1.2. La sistematica del c.c. del 1942 e la novità dell'art. 1174	90
2.1.3. (segue) Il persistente carattere patrimoniale dell'obbligo di prestazione. Gli artt. 1223 e 1225 c.c.	94
2.1.4. La generale irrisarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento	99
2.2. Di necessità virtù: la deroga in caso di lesione di un diritto inviolabile della persona riconosciuto dalla Costituzione	103
2.2.1. Al di là del diritto romano. Una concezione allargata del rapporto obbligatorio: gli obblighi di protezione	104
2.2.3. Inadempimento e tutela della persona	107
2.3. Il danno contrattuale tra codice e autonomia privata	119
2.3.1. Il contratto fra interessi voluttuari e patrimonialità del rapporto	120
2.3.2. La fragile costruzione della c.d. causa concreta	123
2.3.3. La necessità di un completo esercizio dell'autonomia contrattuale	126
2.4. <i>Breach of contract e non-pecuniary losses</i> : una storia tormentata	128
<b>CAPITOLO III.</b>	
<b>Il danno non patrimoniale e l'ordinamento sovranazionale .....</b>	<b>132</b>
3.1. Danno non patrimoniale e Cedu	132
3.1.1. La rilevanza della Cedu nel nostro ordinamento	134
3.1.1.1. <i>La CEDU: legge ordinaria o di rango costituzionale?</i>	134
3.1.1.2. <i>La soluzione «intermedia» adottata dalla Consulta</i>	137
3.1.1.3. <i>La presunta novità dell'art. 6 del Trattato di Lisbona</i>	140
3.1.2. Le differenze. L'esempio della proprietà: diritto fondamentale o inviolabile?	142
3.1.2.1. <i>La travagliata storia dell'art. 1 – 1° Protocollo</i>	143
3.1.2.2. <i>La Corte di Strasburgo e il diritto di proprietà</i>	146

3.1.2.3. Is property a human right? <i>Le riserve della dottrina anglosassone</i>	149
3.1.2.4. <i>Il rapporto fra proprietà e persona alla luce della nostra Costituzione</i>	153
3.1.3. Le conseguenze in ordine al danno non patrimoniale	159
3.2. Danno non patrimoniale e Unione Europea	163
3.2.1. L'impossibilità di rifarsi alla Carta di Nizza	163
3.2.2. (segue) e il valore pseudo-comparatistico delle ipotesi previste nelle materie di competenza dell'UE	165
3.3. Verso una disciplina europea del danno non patrimoniale: competizione o armonizzazione?	167
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>170</b>

## INTRODUZIONE

Negli ultimi decenni la responsabilità civile da istituto residuale finalizzato alla protezione dei diritti soggettivi è divenuta sempre più strumento principale per la tutela in via risarcitoria non solo di un sempre maggior numero di interessi di natura economica, ma anche di prerogative attinenti alla sfera della persona. Tale fenomeno non poteva che coinvolgere la forma attraverso cui la lesione trova la sua concretizzazione: il danno nelle sue due classiche conformazioni di pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale. Nei confronti di quest'ultimo allora i limiti posti dal legislatore per la sua risarcibilità sono stati messi in discussione, inizialmente cercando di far dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 2059 del codice civile, in un secondo tempo, vista l'impercorribilità della prima strada, attraverso un'emancipazione «indiretta» dal rinvio alla legge contenuto nella norma.

Ovviamente in tale percorso un ruolo determinante è stato svolto non solo dalla dottrina, ma anche dalla giurisprudenza, la quale negli ultimi tempi ha identificato nei diritti inviolabili dell'uomo la chiave di volta del sistema, giacché si può dire ormai consolidato - anche grazie all'avallo ottenuto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione - l'orientamento per cui qualora ad essere leso sia uno di essi il risarcimento del conseguente danno non patrimoniale deve essere garantito.

Proprio questo riferimento ai connotati imprescindibili della persona riconosciuti dalla Costituzione quale strumento in grado di selezionare, fuori dai casi di reato ed espressa previsione di legge, le ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale sembra aprire tre fronti meritevoli di speciale considerazione. I primi due afferiscono alla dinamica attraverso cui tale categoria si può inserire nel sistema della responsabilità civile, sebbene nel primo quest'ultima trovi origine in un fatto illecito - dove la tipicità dell'art. 2059 c.c. era storicamente legata al rigoroso accertamento di un reato e oggi invece, pur rimanendo, si presenta ben meno stringente -, e nel secondo al contrario la responsabilità costituisca l'esito della violazione di un rapporto obbligatorio - dove il sistema degli artt. 1218 e ss. del c.c. fu concepito e strutturato avendo come punto di riferimento un danno economico e invece oggi si trova a dover fare i conti con istanze risarcitorie aventi ad oggetto pregiudizi non patrimoniali. Il terzo invece prende in considerazione il fatto che il nostro è un ordinamento continuamente esposto a sollecitazioni di matrice europea e segnatamente intende approfondire il tema dell'incidenza che la Cedu, il Trattato di Lisbona e i rispettivi atti dell'UE, così come interpretati dalle Corti di Strasburgo e Bruxelles - le quali peraltro spesso si rifanno ad esperienze giuridiche lontane dalla nostra come quella di *Common Law* - hanno in materia di danno non patrimoniale.

## **CAPITOLO I.**

### **Diritti inviolabili e tipicità del danno non patrimoniale da fatto illecito**

Il riferimento ai diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione rappresenta lo strumento attraverso cui la Cassazione intende mantenere nella sfera della tipicità le ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale da fatto illecito. Il tentativo, letto in chiave diacronica, sembra porsi in linea di continuità con la scelta effettuata dal legislatore del 1942, nonostante lo strumento utilizzato per ottenere lo scopo sia molto diverso: là un rinvio ad un'espressa previsione di legge, qui una categoria generale costituzionale.

Lo *iato* fra le due ipotesi offre la misura dell'evoluzione cui il concetto di tipicità nella materia del danno non patrimoniale è stato sottoposto nel periodo che va dall'emanazione del codice civile sino ad oggi. I suoi confini pur molto allargati non sono del tutto venuti meno, sussistendo infatti ancora ipotesi in cui pregiudizi di carattere non economico non trovano tutela risarcitoria. Ciò che a questo proposito desta interesse sono la dinamica e le ragioni che sottostanno a una tale scelta ordinamentale, così da poterne saggiare la bontà e la coerenza sistematica.



## **1.1. LA TIPICITÀ NELLA SUA DINAMICA STORICA: DAL REATO AI DIRITTI INVIOLABILI**

La ricerca non può che prendere le mosse da un'analisi dell'evoluzione che ripercorra le diverse tappe attraverso le quali gradualmente dal rinvio alla legge inteso come necessaria presenza di una fattispecie delittuosa si è arrivati sino alla lesione dei diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione.

### **1.1.1. Il dibattito precedente all'emanazione del codice civile del 1942 e la novità dell'art. 2059**

Il testo dell'art. 2059 c.c. rappresenta una chiara scelta a favore della tipicità delle ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale. La norma costituisce la sintesi di un dibattito che sin dall'emanazione del primo codice civile italiano aveva visto fronteggiarsi due diverse posizioni: da una parte chi era a favore di una risarcibilità senza limiti, dall'altra coloro i quali invece ritenevano doversi dare riconoscimento ai soli pregiudizi economici. Ciò che qui desta maggior interesse però è valutare diacronicamente il percorso dottrinale, legislativo e giurisprudenziale che ha portato alla formulazione legislativa tutt'oggi in vigore.

#### *1.1.1.1. L'art. 1151 c.c. 1865 tra Italia e Francia*

Il legislatore postunitario non prevede una disciplina *ad hoc* per il risarcimento del danno non patrimoniale da fatto illecito e perciò l'unico dato positivo cui far riferimento era l'art. 1151 del c.c. abrogato, secondo cui "qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno".

La norma suggerì negli interpreti due ordini di generalizzazioni. Anzitutto, facendo leva sulla genericità del testo normativo e sulla mancata qualificazione del danno da risarcire, la prima giurisprudenza del Regno, sostenuta dalla quasi totalità della dottrina, si schierò a favore della piena risarcibilità di tutti i pregiudizi causati da un

fatto illecito, patrimoniali o non patrimoniali che fossero <sup>1</sup>. Secondariamente, vista l'assenza nella norma del *nomen iuris* da utilizzare per indicare i danni diversi da quelli economici, si decise di utilizzare la locuzione *danno morale*, il cui significato però era vago e controverso non solo in dottrina, che propose una lunga ed eterogenea serie di definizioni<sup>2</sup>, ma altresì nella giurisprudenza, che lo utilizzava talvolta per qualificare pregiudizi che andavano al di là dell'antica *pecunia doloris*, ad esempio comprendendovi in alcuni casi anche il "patimento fisico"<sup>3</sup>.

Entrambe le posizioni non erano il frutto di complesse elaborazioni teoriche. A quel tempo il nostro ordinamento subiva difatti l'influenza dell'esperienza giuridica francese<sup>4</sup> e la pressoché identica previsione normativa in materia di responsabilità da

---

<sup>1</sup> Per la Corte di cassazione di Palermo del 23 febbraio 1895, in *Foro It.*, 1896, c. 706, "la legge, col disposto dell'art. 1151 e 1153 non specifica i danni, né li materializza, perché nella mente del legislatore non potea esser il pensiero che i danni debbano essere materiali soltanto, o che quelli morali dovessero essere limitati all'offesa dell'onore e della reputazione; volle col suo silenzio rimandare ai principi generali del giure, colle cui norme venire all'attribuzione dei danni nel caso di colpa pel fatto dell'uomo, salvo sempre al prudente arbitrio del magistrato la valutazione ed estimazione di essi". In dottrina facevano leva sul dato normativo, fra gli altri, C. Lozzi, *Del risarcimento dei danni morali con qualche norma per la loro liquidazione*, in *Giur. it.*, 1883, IV, c. 129 e ss., secondo il quale "la frase *qualunque danno* non ammettendo distinzione di sorta, deve includere anche il danno morale" (corsivi nel testo); G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, V, Firenze, 1882, pag. 215 e ss.; F.S. Bianchi, *Corso di diritto civile italiano*, IX, Torino, 1895, pag. 12 e ss. Per una dettagliata rassegna della giurisprudenza del tempo si vedano C.F. Gabba, *Nota a Corte di cassazione di Palermo - 23 febbraio 1895*, in *Foro It.*, 1896, c. 686 e ss., nonché più di recente G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, pag. 133, nota 109.

<sup>2</sup> Una rassegna delle diverse nozioni di danno morale fornite dalla dottrina è offerta A. Minozzi, *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*, Milano, 1909, pag. 2 e ss., e C.F. Gabba, *Nota a Corte di cassazione di Palermo*, cit., c. 697 e ss.

<sup>3</sup> Ad esempio App. Torino, 4 giugno 1880, in *Foro It.*, Rep. 1880, *Danni penali*, n. 23, che risarcisce i danni "per la sofferta malattia". La nozione di danno morale negli anni successivi sarebbe poi stata limitata alla sola *pecunia doloris*, peraltro transeunte. Tuttavia grazie al processo di affrancazione dai limiti posti dall'art. 2059 c.c. nel caso di danno alla persona iniziato negli anni settanta del secolo scorso, oggi, come sottolinea C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, pag. 82, "non è necessario, perché si parli di danno morale, che si scenda nella cupa e tetra afflizione, a sua volta identificata con il lutto anche quando non ci sia il morto. Basta che si possa parlare di malessere, disagio, del *desassosego* come condizione esistenziale dell'inquietudine, non autogena e intimistica e magari metafisiceggiante alla maniera di Fernando Pessoa, ma nel nostro contesto come conseguenza di un fatto illecito altrui". Tale ampia accezione sembra essere stata accolta anche dalle Sezioni Unite della Cassazione (n. 26972 dell'11 novembre 2008, in *Foro It.*, 2009, I, c. 120 e ss.), per le quali "nell'ambito della categoria generale del danno non patrimoniale, la formula «danno morale» non individua una autonoma categoria di danno, ma descrive, tra i vari possibili pregiudizi non patrimoniali, un tipo di pregiudizio, costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal reato in sé considerata. Sofferenza la cui intensità e durata nel tempo non assumono rilevanza ai fini dell'esistenza del danno, ma solo dalla quantificazione del risarcimento" (n. 2.10).

<sup>4</sup> Per K. Zweigert - H. Kötz, *Introduzione al Diritto Comparato*, I, Milano, 1998, visto che il codice civile italiano del 1865 "si basava ampiamente sulla codificazione francese [...] non può sorprendere perciò il fatto che la dottrina italiana del XIX secolo fosse particolarmente attenta a quanto succedeva in

fatto illecito – l’art. 1151 era la traduzione *sic et simpliciter* dell’art. 1382 del *Code Napoléon* –, indusse i primi commentatori a recepire acriticamente le posizioni della giurisprudenza e della dottrina di quel paese<sup>5</sup>. Ciò avvenne sia in ordine all’assenza di limitazioni alle ipotesi di risarcimento dei pregiudizi non economici, anche se non si rinvenivano gli eccessi riscontrabili nei repertori francesi del tempo<sup>6</sup>, sia con riguardo alla scelta di utilizzare l’espressione *danno morale*, traduzione del allora più famoso *dommage moral*<sup>7</sup>.

#### 1.1.1.2. La tesi di C.F. Gabba e la decisione delle Sezioni Unite del 27 aprile 1912

Intorno alla fine del XIX secolo il dibattito si fece però più acceso, soprattutto grazie al contributo di un autore, Carlo Francesco Gabba, cui va dato il merito di essere stato tra i primi a proporre un’analisi approfondita e rigorosa del tema. Invero nell’argomentare la sua opinione di strenuo oppositore alla risarcibilità dei danni morali, egli addusse una serie di motivazioni, alcune delle quali sono ancora oggi attuali.

L’autore pisano in prima battuta poneva l’accento sul fatto che il risarcimento del danno morale fosse sconosciuto al diritto romano, nel quale “l’azione conseguente da ogni e qualsiasi ingiuria era sempre un’azione penale, bensì o era azione *civile*, o era azione *criminale* mediante *extraordinaria cognitio* [...], della prima delle quali azioni fondamento era il danno, della seconda la contumelia [...]; ma sempre ciò che si

---

Francia”. Sul ruolo svolto dal *Code Napoléon* nella costruzione dell’Italia unita si veda A. Cavanna, *Influenze francesi e continuità di aperture europee nella cultura giuridica dell’Italia dell’ottocento* (2000), oggi in *Scritti*, Napoli, 2007, pagg. 1185 e ss. Per quel che riguarda specificamente la responsabilità extracontrattuale G. Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1815-1914)*, Milano, 1991, pag. 38, rileva che “il rinvio in bianco del legislatore italiano nei confronti dei principi fissati nella codificazione francese implica [...] nel caso dei delitti e quasi delitti una piena recezione dottrinale di un’intera letteratura di complemento, gravida di un ben preciso rapporto fra diritto e morale, di una ben precisa scelta dei beni tutelabili con lo strumento della responsabilità e di una sua indispensabile funzione politica, oltre che giuridica”.

<sup>5</sup> In questo senso anche G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 133, per il quale “le *rationes decidendi* non brillano per sforzo argomentativo”, e G. Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, cit., pag. 360, che non esita a definire le sentenze del “grossolane ed approssimative”.

<sup>6</sup> Per G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 136, “va rilevato come un punto di favore possa essere segnato a favore della nostra antica giurisprudenza: non ha conosciuto le punte estremistiche di quella francese. Non ha mai liquidato somme, tanto per intenderci, a viaggiatori di seconda classe infastiditi dall’intrusione, nel proprio scompartimento, di viaggiatori di classe inferiore”.

<sup>7</sup> Cfr. G. Bonilini, voce «Danno morale», in *D. disc. priv., sez. civ.*, V, Torino, 1989, pag. 84 e ss.

domandava era una *poena*, cioè una pena pecuniaria”<sup>8</sup>. Si trattava però di un giurista rigoroso che non dimenticò di volgere lo sguardo oltre i propri confini e perciò non omise di considerare l’ordinamento che era in procinto di emanare un nuovo codice civile in cui i pregiudizi non economici avrebbero trovato espresso riconoscimento, quello germanico. Tuttavia, dopo un’indagine approfondita, forte dell’opinione dissonante di Puchta e del ripensamento di Windscheid<sup>9</sup>, il Nostro riteneva trattarsi di soluzioni da non imitarsi, “poiché non è temerarietà l’asserire che il sentir tedesco è alquanto meno fine di quello del *gentil seme latino*”<sup>10</sup>.

L’approccio storico-comparatistico rappresentava tuttavia solo il viatico per introdurre l’argomento principe contro la risarcibilità dei danni morali: l’incommensurabilità fra dolore e denaro. Gabba si chiede infatti: “chi può misurare la quantità del dolore fisico o morale, del danno morale in generale esprimendolo in un dato numero di unità di misura?”<sup>11</sup>. La domanda dal tono retorico non deve indurre a credere però che l’obiezione si ponesse su un piano esclusivamente moralistico, tanto che l’autore è pronto ad ammetterne il superamento qualora l’equivalenza fosse ammessa “dall’uno o dall’altro dei due legislatori di questo mondo, che sono: lo Stato o il consenso universale”. Al contrario l’ostacolo è anzitutto di natura giuridica. Agli occhi di un giurista del periodo in cui la *Differenztheorie* di F. Mommsen godeva del

---

<sup>8</sup> C.F. Gabba, *Nota a Corte di cassazione di Palermo*, cit., c. 688. Di questa opinione è anche C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., pag. 57 e ss., per il quale “l’integrità fisica come quella morale riceve tutela mediante l’*actio iniuriarum*, detta pure *actio iniuriarum aestimatoria*, la quale è una vera e propria pena privata” (pag. 58) e di recente M.F. Cursi, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli, 2010, pag. 105 e ss. *Contra* G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., pag. 215.

<sup>9</sup> C.F. Gabba, *Nota a Corte di cassazione di Palermo*, cit., c. 689, “benché prevalente la dottrina del risarcimento del danno morale, e propugnata da giureconsulti come Wächter, Arndts (*Pand.*, II ed., p. 611 -12), Windscheid (d.l.), essa ha però non pochi avversari nella stessa Germania governata dal diritto comune. Fra questi vanno rammentati Seitz, Puchta, e Köppen; lo stesso Windscheid favorevole da ultimo a tale dottrina (*ib.*, p. 646, n. 81), le era stato dapprima contrario. Una corte superiore d’appello, quella di Wiesbaden, non esitò a respingere la detta dottrina come contraria all’espresso disposto della citata L. 7, Dig., *qui effud*”. Sottolinea le divergenti posizioni assunte in materia di danno non patrimoniale dalla Scuola storica e dalla Pandettistica M.F. Cursi, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, cit., pag. 174 e ss.

<sup>10</sup> C.F. Gabba, *Nota a Corte di cassazione di Palermo*, cit., c. 703. Tornando sul tema anni dopo, in *Questioni di diritto civile*, II, Torino, 1911, pag. 229, col BGB divenuto vigente, egli non esiterà a definire lo *Schmerzensgeld* “un avanzo di idee barbariche”.

<sup>11</sup> C.F. Gabba, *Nota a Corte di cassazione di Palermo*, cit., c. 701.

massimo credito<sup>12</sup>, il risarcimento “non si può dare se non fra quantità misurate”<sup>13</sup> e pertanto, ove ad essere violati siano beni non appartenenti alla sfera economica, esso, data l'impossibilità di ripristinare la situazione *ex ante*, si presenta tecnicamente impossibile<sup>14</sup>. Tanto è vero che quando Gabba misurava la propria tesi in rapporto al codice penale allora vigente, che utilizzava la locuzione «riparazione»<sup>15</sup>, aveva gioco facile nel sottolineare, al di là della natura penale o civile dell'azione garantita dal legislatore<sup>16</sup>, come “nella giustizia penale non è appunto luogo a discorrere di

---

<sup>12</sup> In relazione alla teoria mommseniana e alle diverse concezioni del danno anche da un punto di vista storico si vedano, fra gli altri, A. De Cupis, *Il danno* (1949), ora in *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979, pag. 5 e ss.; R. Scognamiglio, *Appunti sulla nozione di danno* (1969), ora in *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, pag. 219 e ss.; C. Salvi, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, pag. 23 e ss.; E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, pag. 93 e ss.; D. Messinetti, voce «Danno giuridico», in *Enc. dir.*, 1997, pag. 469 e ss.; C. Castronovo, *Danno biologico - Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, pag. 20 e ss.; *Id.*, *La nuova responsabilità civile*, cit., pagg. 12 e ss., 147 e ss.; A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, pag. 219 e ss., e più di recente A. Nicolussi, voce «Danno», in *Dizionario di diritto privato - diritto civile*, Milano, di prossima pubblicazione.

<sup>13</sup> C.F. Gabba, *Nota a Corte di cassazione di Palermo*, cit., c. 688. Per C. Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., pag. 44, nella logica della concezione economica del danno “il danneggiato ha [...] il diritto ad una somma di denaro, calcolata in modo da ‘equivalere’ all'entità della perdita da lui subita. Corollario immediato di tale concezione è che danno in senso giuridico è quel tipo di perdita, per il quale tale equivalenza sia possibile; e quindi il danno che possa essere misurato in denaro secondo parametri oggettivi”.

<sup>14</sup> *Ivi*, c. 701, “Or la logica vuole che, per confrontare fra di loro due o più cose, ammettere o negare equivalenza fra esse, devonsi l'una e l'altra misurare e apprezzare colla stessa unità di misura, se simili sono, e se dissimili occorre che venga anzitutto prestabilita l'equivalenza fra una data unità di misura dell'una e una data unità di misura dell'altra”. Ancor più esplicito era un altro sostenitore della irrisarcibilità dei danni morali, G. Pacchioni, che nel commento ad App. Trani, 25 giugno 1910, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, pag. 240 e ss., affermava che “gli autori che si attengono invece al concetto giuridico della risarcibilità di quei danni soltanto che possano venire valutati in denaro e in base a criteri obiettivi e controllabili, pervengono necessariamente alla conclusione che il danno puramente morale *non deve essere risarcito* per la semplice ragione *che non può esserlo*. Questi autori (all'opinione dei quali aderisco pienamente [...]) pervengono dunque al risultato opposto: essi sacrificano il sentimento alla logica giuridica” (pag. 242). Ritene che al tempo il più serio ostacolo alla risarcibilità dei danni non patrimoniale fosse il nesso inscindibile fra danno e perdita economica anche A. D'Adda, *Le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale*, in S. Patti (diretto da) - S. Delle Monache (a cura di), *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010 pag. 116 e ss.

<sup>15</sup> Art. 38 cp 1889: “Oltre alle restituzioni e al risarcimento dei danni, il giudice, per ogni delitto che offenda l'onore della persona o della famiglia, ancorché non abbia cagionato danno, può assegnare alla parte offesa, che ne faccia domanda, una somma determinata a titolo di riparazione”.

<sup>16</sup> La dottrina del tempo era divisa in ordine alla natura dell'azione risarcitoria esperibile in base all'art. 38 dell'allora vigente codice penale. Per il Nostro ad esempio, *Questioni di diritto civile*, cit., pag. 215 e ss., essa aveva natura penale (nello stesso senso ad esempio erano anche G.P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno: colpa-extracontrattuale*, Torino, 1906, II, pag. 329 e lo stesso A. Minozzi, *Studio sul danno non patrimoniale*, cit., pag. 166 e ss.), mentre per altri (tra cui C. Civoli, *Trattato di diritto penale*, Milano, 1912, pag. 179 e ss. e V. Manzini, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, 1912, pag. 718) aveva carattere civile, sebbene la *Relazione a S.M. il Re del Ministro guardasigilli (Zanardelli) nell'udienza del 1 dicembre 1889 per l'approvazione del decreto contenente le disposizioni per l'attuazione del Codice*

equivalenza vera e propria fra il delitto e la pena, e questa, sia pure pecuniaria, non è, come ho già osservato sopra, riparazione in senso di risarcimento, ma in tutt'altro senso, misto di espiazione e di vendetta"<sup>17</sup>.

Contro la risarcibilità del danno non patrimoniale per Gabba sussisteva però un ulteriore impedimento, anche'esso di natura giuridica, quello dei limiti soggettivi. Egli infatti fu tra i primi, quantomeno in Italia, a porsi il problema della possibilità che l'atto illecito possa causare un pregiudizio anche a persone diversi dal danneggiato principale. A questo proposito il giurista lodigiano riteneva insormontabili le difficoltà che si sarebbero incontrate qualora si fosse inteso selezionare i soggetti cui l'ordinamento dovrebbe garantire tutela: "Se il giudice ammette patema morale risarcibile nei prossimi parenti, perché non lo ammetterà anche nei remoti, e perché non anche ai semplici amici?"<sup>18</sup>.

Le questioni sollevate dal Nostro, condivise anche da G.P. Chironi<sup>19</sup> e G. Venezian<sup>20</sup> e per alcuni profili ancora oggi al centro del dibattito - si pensi per esempio al problema della liquidazione del danno non patrimoniale<sup>21</sup> e ai metodi di personalizzazione delle somme previste nelle tabelle predisposte nei vari distretti<sup>22</sup>, ovvero alle diverse posizioni in ordine al danno ai congiunti<sup>23</sup> -, a poco a poco<sup>24</sup>

---

*penale*, Roma, 1889, XLI, esplicitasse che il suo scopo era quello di "rafforzare l'efficacia repressiva di determinati reati".

<sup>17</sup> C.F. Gabba, *Nota a Corte di cassazione di Palermo*, cit., c. 702.

<sup>18</sup> *Ivi*, c. 704.

<sup>19</sup> G.P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno: colpa-extracontrattuale*, cit., pag. 329 e ss.

<sup>20</sup> G. Venezian, *Danno e risarcimento fuori dai contratti* (1884-1886), in *Opere giuridiche*, I, Milano, 1919, pag. 50 e ss., che all'obiezione per cui anche nel caso di danno economico il risarcimento era approssimativo, replicava che in quel caso però "il carattere di equivalenza è attribuito permanentemente al rapporto fra due oggetti dello stesso valore di scambio, mentre viene attribuito occasionalmente al rapporto fra delle sofferenza morali e un'indennità pecuniaria. Onde avviene, che mentre nessuna legislazione può fare a meno in principio di attribuire il risarcimento al danno materiale, muta da un tempo ad un altro, e da uno ad un altro paese l'opinione sull'opportunità di risarcire il danno morale come fondamento di un'obbligazione civile di risarcimento" (pag. 52).

<sup>21</sup> Per un approfondimento di tale problematica si vedano G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 421 e ss., C. Castronovo, *Danno biologico*, cit., pag. 40 e ss., C. Salvi, *La responsabilità civile*, cit. pag. 278 e ss., nonché più di recente, E. Navarretta, *Il contenuto del danno non patrimoniale e il problema della liquidazione*, in *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, pag. 77 e ss.

<sup>22</sup> Su cui si veda da ultimo Cass. Civ., Sez. III, n. 12408 del 7 giugno 2011, disponibile in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>23</sup> Cfr. tra gli altri C. Castronovo, *Danno biologico*, cit., pag. 238 e ss. e più di recente S. Balbusso, *Il danno non patrimoniale da perdita dei congiunti*, in *NGCC*, 2010, pag. 403 e ss. e C. Favilli, *Il danno non patrimoniale da lesione e da uccisione del congiunto*, in *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 429 e ss.

minarono la fragile costruzione argomentativa della giurisprudenza che fino a quel momento aveva riconosciuto la piena risarcibilità dei danni morali. A dispetto di alcuni autori che si adoperarono per contrastare l'inversione di tendenza - primo fra tutti A. Minozzi<sup>25</sup>, cui peraltro Gabba replicò direttamente con un approfondito scritto nel 1911<sup>26</sup> - le Sezioni Unite della Corte di cassazione di Roma con la decisione del 27 aprile 1912<sup>27</sup> si pronunciarono contro il risarcimento dei danni morali. L'inversione di tendenza tuttavia, come già accaduto in passato, avvenne senza un particolare sforzo argomentativo, al punto che l'opinione del Collegio non è affermata esplicitamente, ma si ricava solo in via indiretta per l'accoglimento del ricorso - teso alla revisione della sentenza impugnata nella parte in cui risarciva i danni morali nella somma di £ 10.000 - e da alcuni incisi nella motivazione<sup>28</sup>.

### 1.1.1.3. L'affiorare di una nuova concezione del danno

Proprio l'assenza di una solida argomentazione, nonostante l'autorevolezza della fonte, permise ad una parte seppur minima della giurisprudenza di continuare a risarcire i danni morali<sup>29</sup>, ma anche tali decisioni non brillavano certo per solidità

---

<sup>24</sup> Per G. Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, cit., pag. 357, dopo l'intervento di Gabba "in un numero crescente di decisioni si escluse decisamente il risarcimento del danno morale e ci si pronunciò per la risarcibilità dei soli danni patrimoniali indiretti".

<sup>25</sup> A. Minozzi, *Studio sul danno non patrimoniale*, cit., pag. 46 e ss. Nella sua monografia tale autore cercò di confutare le tesi di Gabba e all'argomento principale del giurista lodigiano, oltre ad offrire una nozione di danno meno rigorosa rispetto a quella presunta dalla *Differenztheorie* su cui ci si soffermerà fra poco, oppose, come da lui stesso chiamato, il "principio edonistico" (pag. 55): "L'equivalenza fra dolore e danaro, a prima vista tanto impossibile e scandalosa, diventa possibile e giusta se alla parola *dolore* sostituite le sensazioni piacevoli bastanti ad estinguere quel dolore, ed alla parola *denaro* si sostituiscono le sensazioni piacevoli che una data quantità di danaro è capace di produrre" (pag. 56).

<sup>26</sup> C.F. Gabba, *Questioni di diritto civile*, cit., pag. 241 e ss., per il quale, in risposta a Minozzi, "come il piacere del contemplare l'oro possa lenire l'afflizione di una ingiusta offesa, di un patema d'animo immeritato, nessuno comprende, e neppure quei giureconsulti che pur vogliono su tale falsa premessa edificare una teoria" (pag. 244).

<sup>27</sup> Corte di Cassazione di Roma (S.U.) del 27 aprile 1912 in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, pag. 869 e ss. e in *Giur. it.*, 1912, I, 1, c. 837 e ss. con nota di C.F. Gabba.

<sup>28</sup> Per G. Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, cit., pag. 361, "a vincere non è il Gabba che convince con l'argomentazione giuridica, ma il Gabba che persuade con immagini dalle tinte forti, prospettando scenari di distruzione della scienza e di decadimento intellettuale e morale".

<sup>29</sup> Cfr. Cass. Civ. Torino, 25 febbraio 1916, in *Filangieri*, 1916, pag. 700 e ss.; App. Roma, 11 luglio 1917, in *Foro It.*, I, 1917, n. 44; App. Palermo, 18 luglio 1919, in *Circ. Giur.*, 1919, pag. 182 e ss.; App. Milano, 11 maggio 1920, in *Foro it.*, I, c. 554 e ss.; App. Milano, 21 gennaio 1921, in *Riv. dir. commerciale*, 1921, II, pag. 448 e ss.

argomentativa. Un vero e proprio cambio di passo si realizzò solo a cavallo tra gli anni venti e trenta del XX secolo, quando intervennero due importanti fattori di novità.

Anzitutto iniziò a farsi largo quella corrente dottrinale che proponeva una nozione di danno quale elemento della fattispecie dell'illecito diversa e più ampia rispetto a quella cui fa riferimento la *Differenztheorie*, legata indissolubilmente alla sfera economica<sup>30</sup>.

Già Alfredo Minozzi, nel 1909, aveva tentato di superare l'*empasse* relativa all'impossibilità di quantificare i danni morali rilevando che "se vi sono giuridicamente utilità, che non hanno nulla da vedere col patrimonio, vi sono egualmente danni che nemmeno hanno rapporto col medesimo"<sup>31</sup>, cui si può offrire tutela attraverso un risarcimento "per via di approssimazione"<sup>32</sup>, come del resto, secondo l'autore, capitava di frequente in casi di pregiudizio solo economico<sup>33</sup>. Tuttavia probabilmente il contesto in cui l'argomento venne speso, ancora profondamente legato alla teoria mommseniana, e l'accento posto sull'obbligazione risarcitoria piuttosto che sul danno evento ne impedirono l'accoglimento.

---

<sup>30</sup> Sebbene infatti il suo principale oggetto sia non tanto il danno come elemento della fattispecie di illecito, quanto l'obbligazione risarcitoria (per C. Castronovo, *Danno biologico*, cit., pag. 25, essa "attiene, come l'obbligazione di risarcimento del danno di cui tende ad individuarne l'oggetto, alla valutazione-traduzione in termini economici-pecuniari del danno in quanto lesione di una situazione soggettiva"), definendo l'interesse oggetto di quest'ultima come "differenza tra la consistenza attuale del patrimonio e quella che esso avrebbe ove non si fosse verificato l'accadimento lesivo" (F. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht. Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855, pag. 11), la teoria del giurista tedesco, come evidenzia A. Nicolussi, voce «Danno», cit., pag. 6, "riflette l'ambito nel quale si è storicamente sviluppato il risarcimento del danno. Essa corrisponde ad un'idea di danno formatasi in relazione a lesioni di cose oggetto di proprietà ovvero all'inadempimento di obbligazioni, l'oggetto delle quali è una prestazione suscettibile di valutazione economica (art. 1174 c.c.). Il danno come perdita è un ammanco, una sottrazione, economicamente valutabile e pertanto economicamente surrogabile, tramite il risarcimento del danno. Fattispecie dannosa e conseguenza risarcitoria appartengono entrambe alla dimensione economica nella quale ogni elemento è traducibile in danaro: ossia nell'unità di misurazione dei beni che, in quanto vengono scambiati in un mercato, hanno un prezzo". Nello stesso senso C. Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., pag. 101, secondo il quale "a una considerazione più ravvicinata, la concezione patrimoniale richiede, perché un fatto possa considerarsi danno risarcibile, due presupposti, tra loro connessi ma non confondibili. Anzitutto, e con maggiore evidenza, la rilevanza economica negativa di quel fatto; ma anche che esso incida su un 'patrimonio', come insieme dei beni e delle utilità economiche garantite a un soggetto".

<sup>31</sup> A. Minozzi, *Studio sul danno non patrimoniale*, cit., pag. 32.

<sup>32</sup> *Ivi*, pag. 52.

<sup>33</sup> *Ivi*, pag. 54, "se tali sono i principi che regolano la risarcibilità dei danni patrimoniali in generale, se, in omaggio ad essi, una perfetta rispondenza non esiste fra danno recato effettivamente e risarcimento, perché poi in tema di danni morali si dovrebbe essere tanto scrupolosamente rigorosi, da pretendere che le due partite: *danno morale recato* e *danaro* risultino matematicamente eguali?" (corsivi nel testo).



Solo verso la fine degli anni venti, quando una parte della dottrina iniziò a mettere esplicitamente in dubbio l'adeguatezza alle diverse possibili fattispecie della *Differenztheorie*, le obiezioni di Gabba incominciarono a non essere più percepite come insormontabili. La messa a fuoco della differenza tra il danno «oggetto del risarcimento» e il danno «elemento costitutivo della fattispecie», nonché la definizione di quest'ultimo come lesione di un interesse giuridicamente rilevante<sup>34</sup> rese possibile, dal punto di vista dogmatico, il superamento della concezione per cui oggetto di tutela da parte della responsabilità civile erano le sole perdite economiche a favore dell'idea che dovessero invece rientrarvi anche quelle non patrimoniali<sup>35</sup>. Grazie alla teoria normativa del danno, che riferendosi alla categoria degli «interessi» dava rilevanza, quantomeno in astratto, non solo a quelli attinenti al piano dell'avere, ma anche a quelli relativi all'essere, il sorgere dell'obbligazione risarcitoria iniziò a non risultare più subordinato alla possibilità di valutare rigorosamente in termini economici il pregiudizio sofferto<sup>36</sup> e ciò consentiva di superare quella che fino ad allora era stata presentata come un'impossibilità tecnico-giuridica al ristoro dei danni morali.

---

<sup>34</sup> In Italia l'autore cui va riconosciuta la paternità di tale nozione di danno è F. Carnelutti, il quale ne *Il danno e il reato*, Padova, 1926, pag. 9 e ss., si preoccupò di offrirne il contenuto e le ragioni. Per un'indagine in ordine alla nozione di danno in ambito penale cfr. D. Fondaroli, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, pag. 107 e ss. La teoria normativa tuttavia trovò la propria elaborazione in Germania, grazie a R. Neuner, *Interesse und Vermögensschaden*, in *Arch. civ. Prax.*, 1931, 133, pag. 277 e ss. Più in generale sulle diverse nozioni di danno cfr. i contributi citati alla nota 12.

<sup>35</sup> Come ricorda M.F. Cursi, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, cit., pag. 105, il superamento del modello romano della *lex aquilia*, che "esclude ogni rilevanza all'interesse particolare del danneggiato [...], limitando il risarcimento alla perdita materiale subita" (pag. 130), si realizzò soprattutto grazie alla elaborazione giusnaturalistica della responsabilità extracontrattuale, prima con U. Grozio, che "alla nozione di *damnum* [...] riconduce in maniera innovativa anche beni non patrimoniali" (pag. 141), poi con S. Pufendorf, che riferendosi alla *pecunia doloris* realizza "una significativa apertura al riconoscimento del danno non patrimoniale" (pag. 158), trovando conferma in R. Von Jhering e B. Windscheid (pag. 175 e ss.). In questo senso anche P. Cerami, *La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio*, in L. Vacca (a cura di), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico comparatistica*, Torino, 1995, pag. 103 e ss. Come si è visto però in Italia, sebbene la tutela attraverso la responsabilità civile di interessi non patrimoniali fosse stata riconosciuta direttamente nel BGB e indirettamente nel *Code*, alcuni studiosi del tempo ritenevano che il suo ambito di azione dovesse rimanere limitato ai pregiudizi di natura economica. Più in generale sull'evoluzione storica della responsabilità aquiliana cfr. G. Rotondi, *Dalla "lex aquilia" all'art. 1151 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, pag. 942 e ss. e 1917, I, pag. 236 e ss., G.P. Massetto, voce «Responsabilità extracontrattuale» (Diritto intermedio), in *Enc. Dir.*, XXXIX, 1988, pag. 1099 e ss., e più di recente F. Galgano, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 2008, pag. 73 e ss.

<sup>36</sup> Cfr. B. Brugi, *Danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, II, pag. 621 e ss., e L. Coviello, *L'art. 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, in *Ann. dir. e proc. pen.*, 1932, pag. 609 e ss. A questo proposito F. Carnelutti, *Il danno e il reato*, cit., pag. 38 e ss., per definire l'illusorietà di

Il farsi largo di questa nuova concezione indusse una riflessione anche in coloro i quali rimanevano contrari al risarcimento di tali pregiudizi. In questa parte dello schieramento alcuni iniziarono infatti ad ammettere la necessità di sottrarre i danni morali dall'irrelevanza giuridica cui erano fino ad allora stati destinati, senza però che ciò significasse accettarne la risarcibilità *tout court*. Facendo leva sul dato testuale dell'art. 38 del codice penale del 1889<sup>37</sup> e dell'art. 7 del codice di procedura penale del 1913<sup>38</sup>, se ne riconosceva esclusivamente nei casi di reato la riparabilità, intesa però come una tutela non più di carattere penale<sup>39</sup>, bensì civile e di natura surrogatoria rispetto al risarcimento in senso tecnico, che veniva ad essere destinato al ristoro dei soli danni patrimoniali<sup>40</sup>. In questo modo si recepiva la nozione di danno introdotta dalla teoria normativa senza però rinnegare la *Differenztheorie* e lasciando così intatto, almeno formalmente, il principio dell'irrisarcibilità dei pregiudizi non economici.

---

un'esatta corrispondenza fra pregiudizio sofferto e risarcimento anche quando ad essere coinvolti sono solo interessi economici utilizza l'espressione "margine di irrisarcibilità di ogni danno". La possibilità di addivenire al risarcimento anche quando il pregiudizio non è esattamente quantificabile, ipotesi non contemplabile nella teoria di Mommsen, troverà poi un espresso riconoscimento nell'art. 1226 del codice civile del 1942. Si vedano anche C. Salvi, *La responsabilità civile*, Milano, 2005, pag. 245, per cui "il modello di danno si è venuto progressivamente ad articolarsi e differenziarsi [...] a partire dal peso crescente assunto da figure di «danno» dalle quali è assente il connotato della patrimonialità. La dimensione economica, propria della tradizionale teoria del danno come differenza patrimoniale negativa, non è quindi più sufficiente a identificare unitariamente il rimedio risarcitorio", e C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., pag. 154, per il quale "ciò che la teoria normativa ha messo in luce in maniera decisiva è che il danno non si identifica necessariamente con una differenza economicamente apprezzabile". La positivizzazione di tale principio si ebbe con il codice civile del 1942, che attraverso l'art. 2059 - su cui tra poco - disciplina, riconoscendone perciò la rilevanza, i danni non patrimoniali derivanti da fatto illecito.

<sup>37</sup> Il testo della norma è riportato alla nota 15.

<sup>38</sup> "Il reato può produrre azione civile per il risarcimento del danno e per le restituzioni. I delitti contro la persona e quelli che offendono la libertà individuale, l'onore della persona o della famiglia, l'inviolabilità del domicilio o dei segreti, anche se non abbiano cagionato danno, possono produrre azione civile per riparazione pecuniaria".

<sup>39</sup> Questa era la posizione di C.F. Gabba, *Questioni di diritto civile*, cit., pag. 215 e ss., e G.P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno: colpa-extracontrattuale*, cit., pag. 329 e ss.

<sup>40</sup> Cfr. G. Pacchioni, il quale, seppur in uno scritto del 1931 quando era già vigente il nuovo codice penale (*L'art. 185 codice penale e il risarcimento dei danni morali arrecati con fatto illecito penale e civile*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, pag. 345 e ss.), dopo aver proposto una nozione di danno più ampia rispetto a quella della *Differenztheorie* sviluppa e approfondisce la tesi già accennata nel 1922 (*Id.*, *Della irrisarcibilità dei danni morali*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, pag. 178 e ss.) secondo la quale i danni morali "non possono essere *risarciti*, ma solo *compensati*" (pag. 179), nonché lo stesso F. Carnelutti, *Il danno e il reato*, cit., pag. 41 e ss. e F. Antolisei, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, pag. 188, per il quale "le due forme di eliminazione del danno possono costituire due *species* di uno stesso *genus*, ma non già di due *genus* diversi. Nulla vieta, infatti, di accogliere un concetto ampio di risarcimento che comprenda anche la riparazione del danno morale".

#### 1.1.1.4. (segue) e le novità dell'art. 185, comma 2, c.p. 1930

Oltre a questa diversa nozione del danno, nello stesso periodo vi fu un ulteriore elemento che concorse in maniera altrettanto determinante a rendere possibile, almeno dal punto di vista giuridico, la riparazione dei pregiudizi non patrimoniali: l'emanazione del nuovo codice penale del 1930 e segnatamente la previsione del secondo comma dell'art. 185. Tale norma, in base alla quale "ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui", rispetto al dibattito del tempo e alla questione che qui interessa - cioè la *ratio* della tipicità delle ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale nella sua dinamica storica - presenta due profili di interesse.

Anzitutto il legislatore, seppur in un ambito penale, si schierò apertamente al fianco di quella parte di dottrina e giurisprudenza favorevole alla risarcibilità anche dei pregiudizi non economici<sup>41</sup> e ciò avvenne con una soluzione dal punto di vista legislativo del tutto inedita, concretizzatasi nell'utilizzo delle espressioni «danno non patrimoniale» e «risarcimento». In ordine alla prima, anzitutto, colpisce il riferimento ad un pregiudizio "altro" da quello economico, attraverso il quale se non si perpetrò un vero e proprio superamento della nozione di danno cui si riferisce la *Differenztheorie*, quantomeno si adottò un testo che non impediva l'accoglimento della concezione normativa<sup>42</sup>. Da questo punto di vista perciò, al di là del grado di consapevolezza del legislatore, con gli occhi di oggi si può forse affermare che la questione del risarcimento dei danni morali non solo trovò nella teoria normativa la soluzione ad una

---

<sup>41</sup> Cfr. *Relazione ministeriale sul Progetto definitivo di codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, II, Roma, 1929, pag. 232, in base alla quale il nuovo codice "si è uniformato alle aspirazioni dottrinali e legislative, che erano venute reclamando il riconoscimento e l'affermazione della risarcibilità del danno morale".

<sup>42</sup> Sembrano cogliere questo profilo, seppur in via indiretta riguardo al profilo risarcitorio, P. Calamandrei, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, pag. 171 e ss., per il quale "la legislazione penale, fondendo in una sola azione il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali, è venuta ad allargare la nozione positiva di risarcimento: in quanto mentre finora si chiamava risarcimento soltanto la corresponsione di una somma *equivalente* al danno stimato in denaro, d'ora innanzi si chiamerà risarcimento anche la corresponsione di una somma che serva a compensare la lesione di interessi non suscettibili di valutazione pecuniaria, e quindi non risarcibili per equivalente", e F. Rovelli, *La risarcibilità dei danni non patrimoniali*, in *Riv. dir. priv.*, II, 1933, pag. 273.

delle sue principali difficoltà, ma addirittura concorse ad aumentarne il credito<sup>43</sup>, visto che questa, oltre a non trovare una bocciatura nel nuovo dato legislativo, ottenne una serie di riconoscimenti, seppur in via implicita, proprio dalla giurisprudenza che in base al nuovo codice penale risarciva i danni non patrimoniali<sup>44</sup>. Il tutto peraltro avvenne attraverso l'utilizzo di un sintagma - «danno non patrimoniale» - che include i pregiudizi morali, ma non si esaurisce con essi. A dispetto di come tale espressione, ripetuta nell'art. 2059 c.c., sia poi stata interpretata negli anni successivi - bisognerà aspettare decenni prima che si prenda piena coscienza della inadeguatezza della sola *pecunia doloris* strettamente intesa ad offrire adeguata tutela alla persona nella sua completezza - resta il fatto che con la nuova norma si compì, se non nelle intenzioni del

---

<sup>43</sup> Per A. Nicolussi, voce «Danno», cit., pag. 6, «la possibilità di misurazione degli accadimento dannosi, mediante il riferimento al valore economico, è insieme il vantaggio e il limite della concezione economica del danno. Tale criterio, se rende omogeneo tutto ciò che inerisce a interessi di carattere patrimoniale, risulta insoddisfacente con riguardo alle lesioni che colpiscono la persona nel suo essere, non nel suo patrimonio, ossia nell' avere. Questo limite, rappresentato dalla patrimonialità di esso, limite peraltro affiorato già in passato, si è reso più evidente con l'introduzione della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo avvenuta soprattutto tramite le costituzioni novecentesche». Secondo C. Salvi, *La responsabilità*, cit., pag. 60, la *Differenztheorie* «è entrata in crisi sotto più profili nelle esperienze contemporanee, per il concorso di fenomeni diversi: da un lato, la difficoltà che gli strumenti tradizionali incontrano nel tradurre giuridicamente il problema del 'valore', in economie ormai fortemente segnate da fattori di regolazione estranei al mercato; dall'altro, il peso nuovo che assumono i valori personalistici, che pongono un'esigenza di garanzia anche a fronte di fatti lesivi irriducibili alla logica economica». Cfr. anche A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., pag. 221.

<sup>44</sup> Sia in casi in cui si trattava di applicare la nuova norma al caso concreto perché vi era un reato (ad es. App. Milano, 20 ottobre 1931, in *Foro It.*, 1931, I, c. 209 e ss., «danno è privazione di un bene» e App. Milano, 13 giugno 1937, in *Foro It.*, 1937, I, c. 1666, «anche il danno non patrimoniale è la conseguenza di una lesione di diritto: se si cagiona un dolore, si commette una ingiuria e quindi un danno da cui la legge deve proteggere; anche se il patrimonio rimane integro, od in qualche caso, come per l'uccisione di un vecchio parente di cui si sia eredi, venga accresciuto in seguito al fatto colposo»), sia quando esso non vi era, ma si riconosceva alla nuova norma una portata generale che legittimava il risarcimento dei pregiudizi non economici anche nel caso di solo illecito *ex art.* 1151 c.c. (Trib. Torino, 13 dicembre 1933, in *Giur. it.*, 1934, I, 2, c. 217 e ss., «prima del nuovo codice penale, la giurisprudenza escludeva in prevalenza la risarcibilità del danno non patrimoniale, mentre la questione era vivamente dibattuta e variamente risolta in dottrina. Sostenevano gli assertori della non risarcibilità che la voce «danno» aveva significato tradizionale di diminuzione di patrimonio, il quale veniva ad essere reintegrato col risarcimento. [...] Opponevano gli assertori della risarcibilità che la voce «danno» comprende il danno fisico ed il danno morale, il danno patrimoniale e quello non patrimoniale, poiché esistono diritti subiettivi che non rientrano nella sfera dei diritti patrimoniali e che hanno anzi per oggetto i più salienti beni giuridici della personalità umana [...]; e la menomazione di tali beni, che non ha ripercussioni sull'entità del patrimonio, costituisce indubbiamente danno [...]. Osserva il tribunale che la questione si presenta ora completamente rivoluzionata dalla nuova norma legislativa contenuta nell'art. 185 codice penale la quale ha stabilito la risarcibilità dei danni non patrimoniali dipendenti da reato. [...] Ne consegue che disponendo l'art. 1151 codice civile l'obbligo del risarcimento del danno, senza distinzioni e senza limitazioni, deve valutarsi la voce «danno» nell'ampio significato»).

legislatore storico<sup>45</sup>, almeno sulla carta, un ampliamento considerevole del novero dei pregiudizi non economici rilevanti<sup>46</sup>. Altrettanto innovativa fu poi la scelta di utilizzare in luogo di «riparazione» il termine «risarcimento», visto che fino ad allora intorno all'applicazione di tale mezzo con riguardo ai pregiudizi diversi da quelli economici erano sorti non pochi contrasti. In questo secondo caso la novità fu immediatamente colta, seppur con valutazioni diverse. Infatti coloro i quali si erano spesi per la tesi della risarcibilità dei danni morali lessero nell'intervento del legislatore la consacrazione positiva della loro opinione<sup>47</sup>, mentre gli avversari di quella posizione tentarono di sminuire la portata della riforma proponendo un'interpretazione *latu senso* della parola «risarcimento», cioè comprensiva sia dello strumento della riparazione, sia quello del risarcimento nell'accezione mommseniana, entrambi già presenti nell'art. 38 del codice penale abrogato<sup>48</sup>. Al di là delle diverse letture un dato però non fu e non poteva più essere oggetto di contestazione: il nostro ordinamento garantiva in via legislativa un rimedio di carattere civile per il ristoro dei pregiudizi diversi da quelli economici.

---

<sup>45</sup> Nella *Relazione ministeriale sul Progetto definitivo di codice penale*, cit., pag. 232, l'utilizzo dell'espressione «danno non patrimoniale» in luogo di «danno morale» venne invero giustificata in ragione del fatto che quest'ultima al tempo poteva essere fonte di equivoci perché non in grado di "differenziare il danno morale puro" - a cui il legislatore voleva offrire tutela - "da quei danni che, sebbene abbiano radice in offese alla personalità morale, direttamente o indirettamente menomano il patrimonio" (cioè i quelli che allora venivano chiamati danni morali indiretti). In altre parole l'intenzione era quella di evitare il dubbio che per la risarcibilità dei danni morali fosse indispensabile una ripercussione sul patrimonio del danneggiato.

<sup>46</sup> Colse questa novità F. Antolisei, *L'offesa e il danno nel reato*, cit., pag. 169, per il quale "i danni non patrimoniali non possono ravvisarsi soltanto nelle sofferenze (patema d'animo, afflizione, ansia, spavento, ecc.), ma in qualsiasi pregiudizio che non si concreti, comunque, in una perdita patrimoniale". Sulla capacità della locuzione «danno non patrimoniale» di comprendere tutti i pregiudizi diversi da quelli economici si veda, fra gli altri, C. Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., pag. 113 e ss. *Contra* R. Scognamiglio, *Il danno morale* (1957), ora in *Id.*, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, pag. 293 e ss., il quale critica la dicotomia del danno in patrimoniale e non patrimoniale e preferisce distinguere in danno patrimoniale, personale e morale, ritenendo che solo a quest'ultimo si riferisca l'art. 2059 c.c.

<sup>47</sup> Cfr. L. Coviello, *L'art. 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, cit., pag. 616, il quale, ribadendo la posizione già espressa ne *Gli errori della giurisprudenza e i suoi trionfi*, in *Giur. it.*, IV, 1918, c. 36, nota 10, affermava che "il legislatore penale ha col fatto dimostrato superabili le pregiudiziali poste dal Gabba e seguaci contro l'ammissibilità del risarcimento, e da noi testé confutate".

<sup>48</sup> G. Pacchioni, *L'art. 185 codice penale e il risarcimento dei danni morali arrecati con fatto illecito penale e civile*, cit., pag. 352, si domandava retoricamente: "non è piuttosto a ritenersi che l'art. 185 c.p., più che una innovazione di concetti, abbia semplicemente operato una (a dir vero poco felice) innovazione terminologica, consistente nell'attribuire al termine *risarcimento* una significazione così lata ed elastica, da abbracciare le due diverse attività del risarcire in senso stretto, e del riparare in senso lato?". Nello stesso senso anche P.L. Pedrali Noy, *Il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. tur.*, 1932, pag. 76 e ss. e C. Grassetti, *In tema di risarcibilità di danno non patrimoniale*, in G. Pacchioni, *Corso di diritto civile - Delle leggi in generale*, Torino, 1933, pag. 293 e ss.

Tuttavia - e qui rileva il secondo profilo d'interesse - il diritto a questa tutela fu subordinato alla presenza di un reato. Sotto quest'aspetto, a differenza di quelli appena affrontati, la riforma non costituiva un punto di rottura col precedente dato normativo, bensì una sua evoluzione. Invero anche l'abrogato art. 38 prevedeva la riparazione pecuniaria nelle sole ipotesi di "delitto che offenda l'onore della persona o della famiglia" e la riforma del codice di procedura penale del 1913, all'art. 7, aveva ampliato il raggio d'azione di questo strumento comprendendovi "i delitti contro la persona e quelli che offendono la libertà individuale, l'onore della persona o della famiglia, l'inviolabilità del domicilio o dei segreti". Si trattava perciò di una scelta nel solco della "progressiva affermazione della risarcibilità del danno non patrimoniale da reato"<sup>49</sup>.

A ben guardare le ipotesi in cui i pregiudizi non economici divennero risarcibili, limitatamente all'ambito del diritto penale, con la nuova previsione non potevano trovare un riconoscimento più ampio: in presenza di un reato, quale esso sia<sup>50</sup>, l'eventuale danno non patrimoniale subito merita tutela. Apprezzata diversamente in un'ottica puramente civilistica - nel contesto cioè di un dato positivo che prima del 1942 non qualificava il danno da fatto illecito (art. 1151 c.c. del 1865), ma era interpretato nel senso di non tutelare i pregiudizi diversi da quelli economici, e col nuovo codice adotta come regola l'eccezionalità del risarcimento di tali danni subordinandola ad una previsione di legge (artt. 2043 e 2059 c.c.) -, la norma invece conduce ad una rigorosa tipicità, seppur dai connotati peculiari.

Il legame istaurato fra il diritto al risarcimento e la commissione di un reato induce infatti a ritenere che qui la tipicità, a differenza che dei casi di illecito civile, non si attesti esclusivamente al livello dell'interesse tutelato dalla norma penale che di volta in volta viene in considerazione. Invero per integrare la fattispecie delittuosa -

---

<sup>49</sup> F. Antolisei, *L'offesa e il danno nel reato*, cit., pag. 178.

<sup>50</sup> Di diversa opinione è R. Scognamiglio, *Il danno morale*, cit., pag. 319 e ss. il quale ritiene che l'art. 185, comma 2, offra tutela esclusivamente "nell'ipotesi di reati che offendono i beni della personalità". Tuttavia tale limitazione sembra in contrasto col testo dell'art. 185 c.p., che opera un rinvio indistinto ad «ogni reato», e in più oblitera la novità rispetto al codice penale del 1889, dove invece la riparazione nell'art. 38 era prevista esclusivamente nei casi di "delitto che offenda l'onore della persona o della famiglia", e al codice di procedura penale del 1913, che all'art. 7, aveva ampliato il raggio d'azione di tale strumento comprendendovi "i delitti contro la persona e quelli che offendono la libertà individuale, l'onore della persona o della famiglia, la inviolabilità del domicilio o dei segreti".

condizione necessaria per il risarcimento del danno non patrimoniale<sup>51</sup> - non pare sufficiente la mera lesione del diritto che la disposizione tende a proteggere<sup>52</sup>, ma risulta altresì indispensabile che la violazione si realizzi secondo le peculiari modalità previste dalla legge<sup>53</sup>. Se, ad esempio, il reato non sussiste perché manca l'elemento

---

<sup>51</sup> Cfr. fra gli altri Z. Zencovich, *La responsabilità civile da reato - Lineamenti e prospettive di un sottosistema giurisprudenziale*, Padova, 1989, pag. 27: "per l'esplicazione dell'art. 185 c.p. prima deve esserci un reato e poi può (qualora effettivamente vi sia stato danno privato) sorgere obbligazione risarcitoria" (corsivi nel testo).

<sup>52</sup> Sui tentativi della giurisprudenza di legittimità (Cass. Civ., Sez. III, n. 7283 del 12 maggio 2003, in *Foro It.*, I, 2003, c. 2273 e ss., con nota di E. Navarretta, *Danno non patrimoniale: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*) e costituzionale (Corte cost., n. 233 dell'11 luglio 2003, in *Dir. e form.*, 2003, pag. 1177 e ss., con nota di P. Cendon-P. Ziviz, *Vincitori e vinti (... dopo la sentenza n. 233/2003 della corte costituzionale)*) di ridurre, nei casi di responsabilità oggettiva ex art. 2054 c.c., la portata dell'art. 185, comma 2, c.p., ritenendo sufficiente una corrispondenza in astratto con la fattispecie di reato e così assestando la tipicità al livello del solo elemento oggettivo della lesione del bene protetto dalla norma, si vedano le osservazioni di C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., pag. 86 e ss.; S. Landini, *Riparazione del danno morale e reato*, in *NGCC*, 2004, pag. 319 e ss., e C. Salvi, *La responsabilità civile*, cit., pag. 73 e ss. A parziale discolpa della posizione *contra legem* di tali pronunce bisogna ricordare che esse risalgono ad un periodo in cui non si era ancora giunti ad offrire una piena tutela in via risarcitoria dei diritti della persona.

<sup>53</sup> Non a caso F. Bricola, voce «Teoria generale del reato», in *Nss. dig. it.* (estratto), 1973, pag. 45, qualifica il reato fra gli illeciti di "modalità di lesione". Individua quale tratto peculiare dell'illecito penale "le modalità dell'attacco al bene giuridico, le modalità della lesione: conta non solo il risultato, ma anche come lo si produce" anche M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, pag. 306, il quale conclude affermando che "la legge, in tutela dei beni giuridici, pone delle regole di condotta la cui trasgressione volontaria sanziona penalmente in quanto particolarmente riprovevole dal punto di vista etico-sociale: a caratterizzare il reato sono così, ad un tempo, sia un disvalore dell'evento, sia un disvalore dell'azione (in senso lato)". Per altri contributi su questo tema della dottrina penalistica si veda la successiva nota 60. Per la dottrina civilistica si veda su tutti C. Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., pag. 133 e ss., e specificamente a pag. 147 ove sottolinea che "il nesso tra l'art. 2059 e art. 185 trova così una giustificazione non irrazionale. L'ordinamento appresta quella particolare tecnica di tutela che è il risarcimento del danno non patrimoniale, quando la 'violazione' assume caratteri di particolare gravità, sul duplice piano della portata sociale dell'interesse leso e della modalità soggettive della condotta lesiva". Pare della stessa opinione anche Z. Zencovich, *La responsabilità civile da reato*, cit., pag. 37, quando afferma che "la tipicità dell'illecito penale si traduce in una tipicità del fatto che ne costituisce il fondamento oggettivo". Per A. Di Majo, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, pag. 310, "la tecnica di tutela della «norma di protezione» si trova a monte dei problemi così individuati. Essa, in sostanza, appartiene alle tecniche civilistiche di tutela di interessi risarcibili e si appoggia, solo occasionalmente e strumentalmente, all'autorità delle norme penali". Certo anche nell'illecito civile è necessario che la condotta integri tutti gli elementi previsti dall'art. 2043 c.c., tuttavia essi si presentano il più delle volte meno dettagliati rispetto alla normativa penale e in alcuni casi, come nelle ipotesi di responsabilità oggettiva, arrivano ad essere del tutto differenti. Secondo P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in R. Sacco, (diretto da) *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998, pag. 81, "occorre osservare come la responsabilità civile si sia sempre più staccata dalla sua 'contiguità' con la responsabilità penale. In particolare i criteri di imputazione dell'illecito civile si sono sempre più mossi verso una concezione oggettiva della colpa, mentre in ambito penale ci si dovrebbe muovere verso un'accentuazione della colpa come *mens rea* dell'imputato", nello stesso senso U. Ruffolo, *Colpa e responsabilità*, in N. Lipari e P. Rescigno (diretto da) e A. Zoppini (coordinato da), *Diritto Civile*, IV, parte III, Milano, 2009, pag. 54 e ss. In ordine alla sufficienza del danno *contra ius* e alla non necessarietà della condotta antigiuridica per la configurazione dell'illecito civile rispetto all'illecito penale si vedano C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., pag. 21 e ss.; F. Piraino, "Ingiustizia del danno" e

soggettivo, la violazione del bene giuridico tutelato dalla legge potrà anche essere avvenuta, ma il risarcimento, stando solo al secondo comma dell'art. 185 del codice penale e tralasciando perciò il fatto che il danno evento oggi potrebbe assumere rilevanza per altra via<sup>54</sup>, non sarà dovuto<sup>55</sup>. Diversamente, a voler cioè intendere la tipicità derivante dall'art. 185 c.p. come parametrata esclusivamente sull'interesse protetto dalla norma incriminatrice, non si comprenderebbe la ragione per cui se vi è reato la lesione di quell'interesse garantisce l'accesso al risarcimento del danno non patrimoniale, mentre ove esso sia pregiudicato da una condotta illecita ex artt. 2043 e ss. c.c. è destinato a non ricevere questa tutela. Si pensi all'ipotesi del diritto di proprietà: se la condotta integra una fattispecie criminosa - per ipotesi un reato contro il patrimonio come il danneggiamento ex art. 635 c.p.<sup>56</sup> - in astratto la persona offesa, qualora dimostri di avere subito un pregiudizio non patrimoniale dovuto magari al fatto che la cosa aveva un particolare valore affettivo, potrà chiederne il ristoro, mentre qualora la lesione sia causata da un illecito civile il risarcimento sarà limitato al

---

*antigiuridicità*, in *Eur. e dir. priv.*, 2005, pag. 703 e ss.; D. De Martini, *I fatti produttivi di danno risarcibile*, Padova, 1983, pag. 51 e ss.; S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, pag. 50 e ss., e R. Scognamiglio, voce «Illecito (diritto vigente)» (1968) ora in *Id.*, *Responsabilità civile e danno*, cit., pag. 18 e ss. *Contra* E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., pag. 141 e ss.; *Id.*, *L'evoluzione storica dell'ingiustizia del danno e i suoi lineamenti attuali*, in *Diritto Civile*, cit., pag. 135 e ss., e di recente M. Fortino, *I danni ingiusti alla persona*, Padova, 2010, pag. 33 e ss., quando afferma che "l'ingiustizia non si risolve dunque esclusivamente nel danno prodotto *contra jus*, ma deve essere integrata dal comportamento *non jure* del danneggiante, dalla antigiuridicità della sua condotta" (pag. 37).

<sup>54</sup> Ad esempio perché vi è stata la lesione di un diritto della persona riconosciuto dalla Costituzione e perciò anche in assenza di reato, il danneggiato potrebbe avere, in base al combinato disposto degli artt. 2043 e 2059 c.c., di cui quest'ultimo costituzionalmente interpretato, comunque diritto al risarcimento del danno non patrimoniale.

<sup>55</sup> Tale esito offre la cifra della differenza, oggi mitigata dalla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., con l'ordinamento tedesco, ove, come sottolinea C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit. pag. 37, "la riparazione del danno non patrimoniale era ed è (anche dopo la riforma del 2002) bensì consentita a prescindere dalla qualificazione del fatto come reato, ma limitatamente al danno alla persona. Ne risulta una tutela meno estesa sotto il profilo dei beni giuridici tutelati ma più intensa con riguardo alla persona, la quale - ricorra o meno un reato - ottiene riparazione".

<sup>56</sup> Il comma 1 della norma prevede che "chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende in tutto o in parte, inservibili cose mobili o immobili altrui è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a euro 309". Si tenga conto che la locuzione «cose altrui» ha indotto la maggior parte della dottrina ad affermare che "oggetto della tutela non è solo la proprietà in senso tecnico, ma ogni diritto sulla cosa che, nel caso concreto, abbia un rilievo sociale, maggiore o paragonabile a quello di cui risulti titolare il soggetto attivo" (M.P. Concetti, *Danneggiamento*, in *I reati contro il patrimonio*, Torino, 2010, pag. 258).



solo pregiudizio economico<sup>57</sup>. Ponendo l'accento esclusivamente sul diritto offeso dalla condotta, la diversità di esiti integrerebbe una violazione del principio di uguaglianza formale previsto dall'art. 3 della Costituzione: medesima lesione, stesso danno, ma risarcimento diverso. A ben guardare si tratta di una questione già sottoposta alla Consulta<sup>58</sup>, la quale però dichiarò infondata l'illegittimità costituzionale degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p. proprio in base al fatto che data "la sostanziale diversità, per presupposti e gravità, delle due situazioni, rientra nella discrezionalità del legislatore adottare un trattamento differenziato, ove non vengano in considerazione situazioni soggettive costituzionalmente garantite. Né appare incongrua o priva di ragionevole fondamento la considerazione di quei particolari elementi che attribuiscono qualificazione criminosa alla condotta lesiva, anche al fine di rendere più intesa la sanzione civile estendendola al risarcimento del danno non patrimoniale"<sup>59</sup>. La valutazione normativa tipica delle ipotesi di risarcibilità dei pregiudizi non economici derivanti da reato sembra poggiare dunque, sia che si qualifichi l'art. 185 c.p. quale fattispecie autonoma di illecito sia che lo si consideri una *species* del *genus* «illecito civile»<sup>60</sup>, su due elementi: l'interesse tutelato e la modalità della lesione.

Solo in questo modo d'altra parte si può comprendere la *ratio* della norma: "Se il comportamento dannoso ha carattere criminoso, la sua maggiore antisocialità può reclamare un più severo trattamento giuridico, anche in ordine alle sanzioni civili, con estensione del risarcimento del danno non patrimoniale"<sup>61</sup>. L'obiettivo sembra

---

<sup>57</sup> A tale conclusione si giunge se si esclude la proprietà dalla categoria dei diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione, perché diversamente, stando a Cass., Sez. Un., 26972, cit., i limiti dell'art. 2059 c.c. non opererebbero e il risarcimento del danno non patrimoniale sarebbe garantito. Per l'approfondimento di tale specifica problematica si veda il successivo § 3.1.2.4.

<sup>58</sup> Trib. di Padova, ord. 22 marzo 1973, in *Giur. Mer.*, I, 1974, pag. 347 e ss., con nota di A. De Cupis, *Pretesa incostituzionalità della limitazione del risarcimento del danno non patrimoniale*.

<sup>59</sup> Corte cost., n. 88 del 26 luglio 1979, n. 3, in *Resp. civ. e prev.*, 1979, pag. 698 e ss., con nota di G. Ponzanelli, *Danno non patrimoniale e danno alla salute: due sentenze della Corte Costituzionale*.

<sup>60</sup> Sia i sostenitori della prima tesi (tra cui si vedano, oltre a Z. Zencovich, *La responsabilità civile da reato*, cit., pag. 75 e ss.; A. Bevere, *Persona offesa e parte civile*, Roma, 1996, pag. 13 e ss.; F. Dassano, *Il danno reato, profili sostanziali e processuali*, Torino, 1992, pag. 315 e ss.; D. Mandrioli, *Ancora sulla risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Riv. pen.*, 1932, pag. 596 e ss.), che quelli della seconda (E. Squarcia, *L'azione di danno nel processo penale*, Padova, 2002, pag. 73 e ss.; A. Pennisi, *L'accessorietà dell'azione civile nel processo penale*, Milano, 1981, pag. 105 e ss.; T. Grimaldi, *L'azione civile nel processo penale*, Napoli, 1965, pag. 106 e ss.) ritengono infatti che non sia sufficiente la pura offesa dell'interesse per azionare la domanda risarcitoria ex art. 185 c.p.

<sup>61</sup> A. De Cupis, *Sulla pretesa incostituzionalità della limitazione del risarcimento del danno non patrimoniale*, cit., pag. 349. Nello stesso senso già F. Carnelutti, *Il risarcimento dei danni non*

pertanto quello di garantire una maggiore pregnanza alla legislazione penale, la quale, in un periodo storico in cui mancava una costituzione che riconoscesse i diritti inviolabili della persona, si presentava come il luogo giuridico in cui l'ordinamento esplicitava, reprimendone l'offesa, quali fossero i beni giuridici di maggior valore<sup>62</sup>, a cui il legislatore del 1930 decise di non offrire più solo una protezione di carattere pubblicistico, quale era la riparazione pecuniaria del codice penale del 1889, ma anche una tutela di natura civilistica, volta a risarcire le conseguenze, patrimoniali o non patrimoniali, della lesione perpetrata mediante la condotta criminosa<sup>63</sup>. Per questo

---

*patrimoniali nella nuova legislazione penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, pag. 177, nonché F. Antolisei, *L'offesa e il danno nel reato*, cit., pag. 159 e ss., 164.

<sup>62</sup> Nel caso di specie peraltro l'influenza dell'ideologia fascista, come sottolinea E. Dolcini, *Codice penale*, in G. Marinucci-E. Dolcini (a cura di), *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, pag. 30, indusse "alla «pubblicizzazione» degli oggetti di tutela". La Costituzione, soprattutto attraverso i principi fondamentali, sembra aver sostituito in questa funzione la legislazione penale, ma ciò nonostante, come sottolinea M. Romano, *Commentario*, cit., pag. 11, ancora oggi se "il diritto penale non può essere esso stesso creatore di beni [...], dovendosi limitare a recepire beni già presenti e consolidati garantendo loro protezione, [...] ben può provvedere a sottolineare con la minaccia di pena il particolare disvalore della lesione di un bene e in questo senso contribuire a segnalarne e a diffonderne il valore, promuovendone il rafforzamento". Nello stesso senso cfr. G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale - Parte generale*, Bologna, 2007, pag. 25.

<sup>63</sup> Per E. Carnevale, *L'unità nella lotta contro il delitto nel Progetto di Codice penale italiano*, in *Diritto criminale*, I, 1932, pag. 424, citato anche da G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 27, "se consideriamo la riparazione, oltreché in rapporto alla persona offesa dal reato, anche in rapporto agli scopi più ampi e generali della lotta dello Stato contro di questo, vediamo come conclusioni da un punto di vista all'altro coincidano e si armonizzino. L'istituto punitivo, proteggendo un dato ordine di beni giuridici, è vero che impiega mezzi propri, i quali vanno tenuti distinti da altri, ma, appunto, perché li protegge, la sua volontà non può non essere diretta alla restaurazione del diritto a loro favore, per quanto è possibile: che non si ha piena ed intera se non si giunga al momento riparatorio, se essa restaurazione, cioè, non abbracci tutta la *situazione contraria* creata dal maleficio. Quindi è evidente che l'istituto punitivo non può riguardare come cosa a sé estranea, o indifferente, quella che si chiama riparazione civile. Essa è *distinta* ma può *attrarsi nel sistema*, perché è *coerente ed omogenea* al fine ultimo: è un istituto di collaborazione, non solo perché in un certo senso riparando anche si reprime, [...], ma principalmente perché *perfeziona il conseguimento del fine suddetto*. [...] Lo Stato, si badi, ha sciverato i beni penalmente protetti da tutti gli altri perché ha riscontrato in loro un interesse meritevole di speciale e più energica protezione: e se più energicamente li vuole incolumi, per il loro valore intrinseco, per motivi e necessità d'ordine sociale e pubblico, è logico che simile energia *guardi a tutto il danno che i medesimi hanno subito per il fatto unico del delitto, e non ad una parte sola, e mantenga rispetto ad esso il suo tono di contrasto*" (corsivi nel testo). L'inserimento di tale tutela nel quadro della legislazione penale ha indotto taluni a ritenere che il risarcimento avrebbe anche una funzione punitiva. Ad esempio per G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 345, l'intenzione sarebbe quella di "non lasciare senza conseguenza alcuna un fatto in sé e per sé grave, piuttosto che nel senso si consegnare al leso un mezzo per trovare «soddisfazione» in ordine ad un fatto ingiusto sopportato". Di segno opposto è l'opinione di A. Ravazzoni, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, pag. 127, nota 49, per il quale il risarcimento perseguirebbe "fini assolutamente privati - e cioè di compensare chi è stato offeso - e gli sono estranei fini direttamente pubblici". In una posizione intermedia si pongono C. Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit. pag. 126 e ss., secondo cui sussisterebbe "una duplicità di *rationes* del risarcimento del danno non patrimoniale da reato, che comprende un elemento punitivo, con il quale l'ordinamento reagisce alla riprovevolezza della condotta, e uno

profilo l'avvento della Costituzione del 1948, se può aver ridimensionato la funzione della norma preferendo quella promozionale rispetto alla repressiva<sup>64</sup>, non sembra però averne eliminato del tutto l'applicabilità. Invero, da un lato, la maggior parte degli interessi tutelati dal codice penale sono oggi annoverabili fra i diritti inviolabili della persona tutelati dalla nostra Carta fondamentale, ragion per cui se vi è una loro lesione, dal punto di vista del risarcimento del danno non patrimoniale, poco importa che sussista o meno il reato, perché la tutela è garantita comunque grazie alla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. In questo senso si può forse allora affermare che l'art. 185 c.p. ha esaurito la sua funzione storica, essendo essa ormai esercitata dalla Costituzione<sup>65</sup>, il che ha permesso di mondare la tutela di quei diritti dalle rigidità connaturali al diritto penale. Dall'altro il codice Rocco offre protezione anche a beni i quali, proprio in virtù della stessa Costituzione, o non sembrano annoverabili fra i diritti inviolabili della persona - si pensi alla già accennata proprietà

---

'satisfattivo', attinente alla posizione della vittima" (pag. 146), e M. Romano, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, pag. 865 e ss., per il quale che "il risarcimento del danno non patrimoniale ed i casi di riparazione previsti nell'ordinamento manifestino profili punitivi e rilievo da condividere negli stessi termini in cui è da ammettere che tali misure risarcitorie possono in concreto presentare momenti afflittivo-repressivi anche più intensi di quelli di una sanzione penale", ma ciò nonostante "né il risarcimento, né la riparazione possono dirsi pena, neppure privata" (pag. 875, corsivi nel testo). La giurisprudenza ha però ormai chiarito che sono estranei alla responsabilità civile sia il concetto di sanzione che quello di punizione, da ultimo in questo senso cfr. Cass. Civ., Sez. III, n. 1183 del 19 gennaio 2007, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, pag. 188 e ss., con nota di G. Miotto, *La funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali nel sistema della responsabilità civile*. Più in generale sulle teorie soddisfattive apprezzate anche in chiave storica si veda A. D'Adda, *Le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale*, cit., pag. 115 e ss.

<sup>64</sup> Su questo tema si veda N. Bobbio, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, pag. 1312 e ss., per il quale "nelle costituzioni liberali classiche la funzione principale dello Stato appare essere quella di *tutelare* (o *garantire*); nelle costituzioni post-liberali, accanto alla funzione della tutela o della garanzia, appare sempre più frequente quella di *promuovere*" (corsivi nel testo). Non v'è chi non ritenga che anche il diritto penale possa svolgere tale funzione, come F. Bricola, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *La quest. crim.*, 1981, pag. 445 e ss., e più di recente M. Pisani, *Studi di diritto premiale*, Milano, 2010.

<sup>65</sup> Per D. Pulitanò, *Politica criminale*, in *Id.*, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, pag. 32, "nella formazione dei cataloghi dei delitti, la politica criminale è innanzi tutto «politica dei beni giuridici»: selezione di beni, interessi, rapporti ritenuti meritevoli e bisognosi di tutela coattiva, verso determinate condotte lesive o pericolose. [...] Attraverso concezioni «sostanziali» del bene giuridico, la riflessione giuridica ha cercato di indicare alla politica criminale determinate direzioni e soprattutto determinati limiti. [...] L'incerto *status* di tali concezioni, come sospeso fra la dogmatica e la politica, ha infine cercato un più solido aggancio in testi normativi sovraordinati al legislatore penale: le costituzioni rigide, come l'italiana, indicherebbero nel sistema dei beni giuridici costituzionali il punto di riferimento di un rinnovato sistema penale. Per la politica criminale legislativa, la Costituzione segna in tal modo un confine, rappresentato da scelte politiche fondamentali già operate in termini giuridicamente vincolanti".

tutelata dai delitti «contro il patrimonio»<sup>66</sup> - ovvero non possono per la loro diversa natura ontologica appartenere a tale categoria - come ad esempio il diritto all'immagine delle persone giuridiche tutelato dall'art. 595 c.p.<sup>6768</sup>. In questi casi il

---

<sup>66</sup> La dottrina penalistica seppur ammettendo una "ipervalutazione del patrimonio nel sistema del Codice Rocco" (G. Moccia, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, pag. 13) non arriva però a rescindere del tutto il legame con i diritti della persona. Per esempio G. Fiandaca, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, pag. 72, afferma che "riesce subito facile ravvisare in esso un bene strumentale alla persona. Solo che questo nesso di strumentalità non si può dire venga seriamente minacciato ad es. in occasione di uno dei tanti furti di oggetti superflui di cui il soggetto passivo può benissimo fare a meno. Ora, se si rifiuta l'attuale sistema di tutela del patrimonio incentrato sul valore «ideologico» della proprietà, ci si deve chiedere se una nuova tutela penale dei beni patrimoniali non sia oggi da far ruotare proprio sull'idea del loro carattere strumentale nel senso anzidetto: in altri termini una nuova forma di garanzia penale dovrebbe circoscriversi ai beni patrimoniali rilevanti sul piano esistenziale individuale ovvero dotati di pubblica utilità". Tuttavia per la configurabilità del diritto di proprietà fra quelli sì fondamentali, ma non inviolabili cfr. il successivo § 3.1.2.4. In relazione alle problematiche che anche per il solo danno di natura economica comporterebbe la tutela *tout court* del patrimonio si veda C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., pag. 99 e ss.

<sup>67</sup> La giurisprudenza per la verità è solita ormai risarcire il danno non patrimoniale conseguente alla lesione dell'immagine di una persona giuridica non solo una volta accertata la diffamazione, ma anche in assenza di reato, ancorando il diritto leso all'art. 2 della Costituzione nella parte in cui riconosce i diritti inviolabili dell'uomo anche nelle formazioni sociali. In questo senso cfr. Cass. Civ., Sez. III, n. 12929 del 4 giugno 2007, in *Danno e resp.*, 2007, pag. 1236 e ss., con nota di R. Foffa e più di recente Cass. Civ., Sez. III, n. 7212 del 19 febbraio 2009, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it). Tuttavia, premesso che in capo alle persone giuridiche sembra da escludere la configurabilità di una *pecunia doloris* - come invece una parte della giurisprudenza afferma sulla falsariga delle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ad esempio Cass. Civ., Sez. I, n. 17500 del 30 agosto 2005, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, pag. 153 e ss. con nota di C. Pasquinelli - e semmai potrà riscontrarsi in alcuni casi - per A. Fici-G. Resta, *La tutela dei dati degli enti collettivi*, in R. Pardolesi (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, II, Milano, 2003, pag. 257, ad esempio solo nel caso di enti senza scopo di lucro - un danno non patrimoniale nel senso di pregiudizio non suscettibile di incidere sul patrimonio del danneggiato - il più delle volte infatti e soprattutto nei casi di enti lucrativi la lesione del diritto all'immagine si risolverà probabilmente in un pregiudizio di sola natura economica e perciò svincolato dai limiti dell'art. 2059 c.c. -, tale percorso argomentativo suscita perplessità. Invero, da un lato l'art. 2 della Costituzione si riferisce ai diritti della persona «nella formazione sociale» e non alla persona «quale formazione sociale» (per A. Baldassarre, voce «Diritti inviolabili», in *Enc. Giur. Treccani*, XI, 1989, pag. 17, "può accadere che queste formazioni sociali divengano mediamente titolari di diritti inviolabili (...), senza divenire mai, tuttavia, titolari originari"), dall'altro tutto l'iter argomentativo di Cass., Sez. Un., 26972/08, cit., teso a mondare il risarcimento del danno non patrimoniale dai vincoli della legge è espressamente riferito alla persona fisica e perciò una sua trasposizione *tout court* alle giuridiche si presenta quantomeno problematica. Diverso è il caso in cui vi è stato un reato, ove il legislatore ha già effettuato la sua valutazione normativa tipica e pertanto un problema di superamento dei limiti normativi non si pone. Sul tema di vedano W. Cortese, *La responsabilità per danno all'immagine della pubblica amministrazione*, Padova, 2004 e più di recente D. Vittoria, *Il danno non patrimoniale agli enti collettivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, pag. 539 e ss., e R. Bianchi, *Il danno non patrimoniale da lesione dei diritti della personalità degli enti collettivi*, in *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 355 e ss.

<sup>68</sup> Tale discrasia con la Costituzione ha spinto la dottrina penalistica a ritenere necessaria una riforma del Codice penale. Su tutti M. Romano, *Prevenzione generale e prospettive di riforme*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, pag. 174, che si domanda "Come si può dubitare a questo punto che, costi quel che costi, esse deve essere con qualunque sforzo necessario quanto prima ripensato, rielaborato e riscritto anche nella parte speciale, ricercando una stretta aderenza alla gerarchia dei valori sui quali insiste la carta costituzionale?" (corsivi nel testo).

risarcimento dell'eventuale danno non economico subito potrà trovare ristoro solo ex art. 185 c.p., la cui applicabilità sarà perciò meno frequente, ma non del tutto annullata<sup>69</sup>.

Proprio la difficoltà a comprendere le ragioni per cui la lesione del medesimo bene solo in presenza di reato dà luogo al risarcimento del danno non patrimoniale sta probabilmente alla base di quella parte di dottrina che assegnava alla nuova norma la capacità di estendere i propri effetti oltre la legislazione penale, legittimando una nuova lettura dell'art. 1151 c.c. nel senso della piena risarcibilità anche in ambito civile

---

<sup>69</sup> In questo senso cfr. C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., pag. 91 ed E. Navarretta, *Ripensare il sistema dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, pag. 9 e ss. *Contra* P. Ziviz, *E poi non rimase nessuno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, pag. 709 e ss. e più di recente A. Rizzieri, *Il danno non patrimoniale da reato*, in *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, cit., pag. 424 e ss., i quali, sul presupposto di una totale coincidenza fra beni protetti dalla normativa penale e diritti tutelati dalla Costituzione, ritengono l'art. 185 c.p. una norma ormai superflua, perché la risarcibilità del danno non patrimoniale sarebbe in ogni caso garantita attraverso la sola responsabilità civile. Tale sincronismo tuttavia è però fonte di dibattito all'interno della stessa dottrina penalistica. Tra i più autorevoli sostenitori della tesi per cui "la sanzione penale può essere adottata soltanto in presenza della violazione di un bene, il quale, se pure non di pari grado rispetto al valore (libertà personale) sacrificato, sia almeno dotato di rilievo costituzionale" vi è F. Bricola, voce «Teoria generale del reato», cit., pag. 15 e più di recente G. Fiandaca, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., pag. 32. Secondo M. Romano, *Commentario*, cit., pag. 303, invece, "per conferire ai beni giuridici lo «spessore» che si vorrebbe" non "può ritenersi decisivo il loro «aggancio» alla Costituzione. Quando si sostiene infatti che sarebbe legittima l'incriminazione di condotte solo in quanto lesive di beni di rango costituzionale [...], si mostra di considerare i beni giuridici come qualcosa di statico e la Costituzione quasi un catalogo di essi. Ora, a parte che quando si precisa che l'aggancio può reperirsi anche in termini indiretti o mediati, il riferimento diviene privo di informatività (quale bene giuridico non potrebbe trovare fondamento implicito nella Costituzione?), non si tiene conto in questo modo del fatto che prima di essere giuridici i beni sono beni, ovvero valori della vita degli uomini, valori che almeno in parte considerevole, segnano e seguono l'evoluzione della realtà sociale e che, [...], emergono soltanto quali risultati dei conflitti e delle composizioni del complesso intreccio di interessi della comunità civile [...]. In questo senso, la richiesta che i beni giuridici oggetto di tutela penale siano prima ancora *già* beni giuridici perché *già* «costituzionali», non è accettabile: o si risolve in mera finzione, infatti, oppure, muovendosi soltanto entro i confini di un sistema normativo chiuso, si presenta come indebitamente riduttiva" (corsivi nel testo). In questo secondo senso è la Consulta, la quale, con la sentenza n.71 del 5 giugno 1978, disponibile in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), ha affermato che la Costituzione sebbene preveda "il principio della più stretta riserva di legge in materia penale", tuttavia "in nessun modo vincola il legislatore al perseguimento di specifici interessi" (n. 2). L'inutilità dell'art. 185 c.p. sembra la naturale conclusione anche del percorso argomentativo di R. Scognamiglio, *Il danno morale*, cit., pag. 293 e ss., il quale, come si è visto, sostiene che il danno morale sarebbe risarcibile ex art. 185 c.p. esclusivamente "nell'ipotesi di reati che offendono i beni della personalità e coincidono pertanto con la ricorrenza della lesione, in senso civilistico, di quei beni" (pag. 321). Tuttavia, tenuto conto che i beni della personalità indicati dall'A., almeno per la maggior parte (integrità fisica e morale, libertà sessuale, ...), sono riconducibili ai diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione e quindi la loro risarcibilità in assenza di reato è oggi garantita dall'interpretazione secondo Costituzione dell'art. 2059 c.c., la norma *de facto* non verrebbe mai in considerazione.

dei pregiudizi morali<sup>70</sup>. Bisogna però ricordare che in quel periodo la riflessione intorno alle differenze fra illecito penale e illecito civile non aveva raggiunto l'approfondimento attuale e invero anche da parte della dottrina contraria a questo allargamento della portata innovativa dell'art. 185 c.p. non si preoccupava di rilevare quella che sembra essere la questione dirimente. Il dibattito si limitò quindi a proseguire sulla scia degli argomenti già proposti<sup>71</sup>, ma da questo punto di vista le obiezioni circa l'impossibilità tecnica di quantificare i danni non patrimoniali erano destinate a soccombere dinanzi ad un dato normativo di segno totalmente opposto<sup>72</sup>.

Così nei primi anni successivi all'emanazione del nuovo codice penale si registrarono numerose sentenze di merito nelle quali, nonostante l'illecito fosse esclusivamente di natura civile, riconosciuta al secondo comma dell'art. 185 c.p. una portata non limitata alla sua *sedes materiae*, venivano risarciti pur nell'assenza di un reato anche i danni non patrimoniali<sup>73</sup>. Sennonché ad un certo punto intervenne la Corte di cassazione

---

<sup>70</sup> Emblematiche sono le parole di A. Visco, *Riflessi civilistici dell'art. 185 del cod. penale*, in *Studi in onore di Mariano D'Amelio*, III, Roma, 1933, pag. 431: "Per quale motivo questa differenza di trattamento? Forse per la maggior gravità dell'illecito? Ma la colpa aquiliana a differenza da quella contrattuale non è graduale secondo la condizione psichica dell'agente, non vi sono gradi di colpa e neppure differenza fra dolo e colpa per determinare la estensione del risarcimento".

<sup>71</sup> G. Pacchioni, *L'art. 185 codice penale e il risarcimento dei danni morali arrecati con fatto illecito penale e civile*, cit. pag. 345 e ss., e P.L. Pedrali Noy, *Il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. tur.*, 1932, pag. 76 e ss. Uno sforzo teso al superamento delle vecchie posizioni si riscontra in C. Grassetti, *In tema di risarcibilità di danno non patrimoniale*, in G. Pacchioni, *Corso di diritto civile - Delle leggi in generale*, cit., pag. 293 e ss., il quale, riproponendo l'argomento della irrisarcibilità dei danni morali, interpreta il termine «risarcimento» presente nell'art. 185, comma 2, c.p. come espressione atecnica idonea a comprendere anche lo strumento per ristorare i pregiudizi non economici, *rectius* la riparazione, e ammette che "potrebbe dubitarsi se l'art. 185 codifichi un principio generale circa la compensabilità di tutti i danni morali", per poi però ritenere che il carattere patrimoniale della prestazione, impedendo il sorgere di un'obbligazione vera e propria a risarcire i danni morali, rende tutt'al più configurabile solo un'obbligazione naturale.

<sup>72</sup> Come non mancarono di sottolineare più autori. Per F. Degni, *Riflessi civilistici del nuovo codice penale*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, pag. 2, "le ragioni che si adducevano contro la risarcibilità del danno non patrimoniale puro sono state superate dal legislatore e non ci sarebbe ragione alcuna per ritenere che tale danno debba essere risarcito quando questo sia conseguenza di un reato e non già quando sia conseguenza di un delitto o quasi delitto civile". Nello stesso senso P. Calamandrei, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, cit. pag. 181 e ss., "certo è che l'art. 185 cod. pen., [...], viene a distruggere, per il solo fatto del suo ingresso nel nostro ordinamento positivo, i principali argomenti di cui finora, nella annosa disputa non mai del tutto sopita, si sono serviti gli interpreti dell'art. 1151 per sostenere la irrisarcibilità dei danni non patrimoniali".

<sup>73</sup> Cfr. in questo senso App. Milano, 20 ottobre 1931, in *Resp. civ. e prev.*, 1931, pagg. 374-375; App. Torino, 7 dicembre 1931, in *Resp. civ. e prev.*, 1932, pag. 30 - 31, dove viene liquidato in £ 2.5000 il danno all'integrità fisica subito dalla vittima; App. Milano, 15 aprile 1932, *ivi*, pag. 322 e ss., che risarcisce i danni morali subiti *iure proprio* dai genitori per la morte causata da un incidente stradale del figlio; Trib. Torino, 15 marzo 1933, in *Resp. civ. e prev.*, 1933, pag. 189 e ss., che riconosce £ 10.000 a

che, prima con una pronuncia meramente enunciativa del principio<sup>74</sup> e poi con una sentenza corroborata da relativa motivazione<sup>75</sup>, respinse tale interpretazione, circoscrivendo l'ambito di efficacia dell'art. 1151 c.c. 1865 ai soli danni economici. Il Supremo Collegio, oltre ricondotta la rilevanza dell'art. 185 c.p. all'ambito penale, ancora una volta fece leva sulla "innegabile difficoltà di valutare pecuniariamente questa specie di lesioni spirituali"<sup>76</sup>, ma non si astenne dall'esplicitare, forse in maniera profetica, la preoccupazione che la soluzione contraria portava con sé "il pericolo di possibili e purtroppo temibili esagerazioni ed abusi"<sup>77</sup>. Pur trattandosi di argomentazioni cui erano state già in passato mosse serie e persuasive critiche, sta di fatto che di lì in avanti la giurisprudenza di merito si allineò alla posizione espressa dall'organo garante dell'esatta e uniforme interpretazione della legge<sup>78</sup>.

#### 1.1.1.5. Il diverso assetto della tipicità nell'art. 2059 del nuovo c.c.

Proprio le divergenti posizioni fra la giurisprudenza e la dottrina stanno probabilmente alla base della scelta effettuata dal legislatore con l'art. 2059 del codice

---

titolo di danno consistente nelle "sofferenze patite dalla ved. Trabucco, lo *chok* nervoso, la perdita, sia pure temporanea, delle condizioni di tranquillità e di benessere fisico preesistenti all'investimento e lo stato di depressione fisico-morale conseguente alla preoccupazione per la propria salute e dalla stessa privazione della possibilità di attendere personalmente alla cura della casa, tanto più giustificato dalla considerazione che, data l'età della ved. Trabucco, non può escludersi, e deve anzi ritenersi probabile per la stessa violenza dell'investimento e la natura delle lesioni, di cui una al capo, una dannosa influenza - sia pure attualmente non constatabile - sullo stato generale di salute della vittima"; Trib. Milano, 20 maggio 1933, *ivi*, pag. 448 e ss., che ritiene congrua la somma di £ 18.000 quale ristoro del danno non patrimoniale subito dalla madre della vittima, il cui dolore, essendo il figlio un sacerdote, viene prospettato come "esacerbato [...] dal rimpianto dei vari benefici morali, che sarebbero potuti provenire, anche per l'educazione delle tre figliole, dalla continuata assistenza del povero don Cavina"; Trib. Torino, 13 dicembre 1933, *cit.*, per il quale il "grido della coscienza universale per migliore giustizia, ben noto alla giurisprudenza che affannava ad estendere sempre più e con evidente esagerazione il concetto di danno patrimoniale, fu sentito dal legislatore del 1930, che ha colmata la lacuna, allargando il significato tradizionale di danno e di risarcimento e disponendo la risarcibilità del danno non patrimoniale".

<sup>74</sup> Cass. Civ., 7 maggio 1934, in *Resp. civ. e prev.*, 1934, pag. 277 e ss.

<sup>75</sup> Cass. Civ., Sez. III, 8 maggio 1935, in *Foro it.*, 1935, c. 998 e ss.

<sup>76</sup> *Ivi*, c. 1000.

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> Cfr., *ex multis*, App. Roma, 24 marzo 1936, in *Resp. civ. e prev.*, 1936, pag. 125; App. Napoli, 27 maggio 1936, *ivi*, 1936, c. 375; App. Brescia, 5 gennaio 1937, in *Resp. civ. e prev.*, 1937, pag. 132-133; App. Torino, 28 dicembre 1937, in *Resp. civ. e prev.*, 1938, pag. 220 e ss.; App. Tripoli, 23 giugno 1937, in *Giur. it.*, 1938, I, 2, c. 46 e ss.; App. Brescia, 3 novembre 1939, in *Temi lomb.*, 1939, pag. 108 e ss.

civile del 1942. Da una parte infatti vi era la Corte di Cassazione, la quale a più riprese<sup>79</sup> e addirittura in due casi a Sezioni Unite<sup>80</sup>, seppur con motivazioni la cui sinteticità ricorda lo stile transalpino, aveva ribadito che i pregiudizi non economici potevano trovare ristoro esclusivamente nei casi di reato, e dall'altra la maggior parte della dottrina, che invece caldeggiava il superamento di tale concezione<sup>81</sup>. In un contesto come questo la nuova norma - a differenza di quanto previsto nell'art. 85 del progetto franco-italiano di codice delle obbligazioni e dei contratti mai divenuto *jus positum*<sup>82</sup> - sembrò porsi in mezzo al guado, invero nella Relazione al nuovo c.c. il Ministro Guardasigilli affermava sì che "la resistenza della giurisprudenza *all'estensione della risarcibilità dei danni non patrimoniali fuori dai casi di reato* può considerarsi limpida espressione della nostra coscienza giuridica"<sup>83</sup>, ma allo stesso tempo il testo dell'art. 2059 c.c. consumava di fatto il superamento, almeno dal punto di vista letterale, del binomio danno non patrimoniale - reato. Certo, al tempo l'unica ipotesi in cui il rinvio

---

<sup>79</sup> Cass. Civ., 12 luglio 1937, in *Resp. civ. e prev.*, 1938, pagg. 69-70; Cass. Civ., n. 1034 del 29 marzo 1938, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce «Danni morali» in *Responsabilità civile*; Cass. Civ., 13 marzo 1939, in *Resp. civ. e prev.*, 1939, pagg. 246 e ss.,

<sup>80</sup> Cass. Civ., Sez. Un., n. 580 del 26 febbraio 1937, in *Foro it.*, 1937, cc. 1103-1104, e Cass. Civ., Sez. Un., n. 1798 del 4 giugno 1937, in *Resp. civ. e prev.*, 1937, pagg. 378 e ss.

<sup>81</sup> Oltre ai già citati F. Degni, *Riflessi civilistici del nuovo codice penale*, cit., 1932, pag. 2 e ss., e P. Calamandrei, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, cit., pag. 181 e ss., erano favorevoli alla risarcibilità dei danni non patrimoniali derivanti da illecito civile A. Visco, *Riflessi civilistici dell'art. 185 del cod. penale*, cit., pag. 431 e ss.; L. Coviello, *L'articolo 185 del codice penale e la risarcibilità dei danno morali in materia civile*, cit., pag. 609 e ss.; F. Rovelli, *La risarcibilità dei danni non patrimoniali*, cit., pag. 266 e ss. Di opinione diversa erano invece G. Pacchioni, *L'art. 185 codice penale e il risarcimento dei danni morali arrecati con fatto illecito penale e civile*, cit., pag. 345 e ss. e D. Mandrioli, *Il danno non patrimoniale nell'art. 185 c.p.*, in *Riv. Pen.*, 1931, pag. 444 e ss.

<sup>82</sup> Questo il testo della norma: "(1) L'obbligazione del risarcimento comprende tutti i danni materiali e morali, cagionati dall'atto illecito. (2) In particolare il giudice potrà attribuire un'indennità alla vittima, in caso di lesione della persona, di attentato all'onore o alla reputazione delle persona e della sua famiglia, di violazione della libertà personale o del domicilio o di un segreto concernente la parte lesa. (3) Il giudice potrà ugualmente attribuire un'indennità ai parenti, agli affini o al coniuge a titolo di riparazione del danno sofferto nel caso di morte della vittima". Come sottolinea C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., pag. 36, con una norma di tale contenuto "la persona sarebbe entrata in presa diretta con la responsabilità civile, senza il filtro del danno morale; inoltre sarebbe stato risolto in un sol colpo la questione del danno patito dai congiunti della vittima, limitandolo peraltro al solo caso di morte", tuttavia alcune riserve possono forse essere mosse all'obbligo di risarcire «tutti i danni materiali e morali dell'illecito» contenuto nel comma 1. Invero, se si fosse interpretata l'elencazione del comma 2 come non tassativa, ciò avrebbe legittimato il risarcimento di qualsiasi pregiudizio non patrimoniale senza alcuna possibilità di sindacato da parte del legislatore. In merito al testo dell'art. 85 del Progetto mostrò perplessità fra gli altri G. Pacchioni, *Il risarcimento dei danni nel progetto franco-italiano di codice delle obbligazioni e dei contratti*, in *Id.*, *Diritto civile italiano*, II, vol. IV, Padova, 1940, pag. 354 e ss.

<sup>83</sup> Cfr. *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, a cura del CNF, Roma, 2010, pag. 180, corsivi nostri.



alla legge trovava soddisfazione era l'art. 185 c.p., tuttavia, come una parte della dottrina non mancò di sottolineare, di lì in avanti il danno non patrimoniale sarebbe stato risarcibile anche in assenza di reato, bastando una previsione di legge di qualsivoglia natura che lo prevedesse<sup>84</sup>.

Attraverso il c.c. del 1942 si realizzò pertanto un nuovo ampliamento delle ipotesi in cui il danno non patrimoniale poteva essere risarcito, senza con ciò tuttavia abbandonare il principio di tipicità, che però rispetto alla riforma del 1930 si presentava diversamente connotato. La possibilità che il danno non patrimoniale potesse essere risarcito anche in virtù di un illecito di natura civile mutò infatti il livello a cui la tipicità si era fino a quel momento assestata. Se con l'art. 185 c.p. - come si è visto<sup>85</sup> - essa aveva infatti quale riferimento non solo l'interesse violato, ma anche le modalità della lesione, con la riforma il secondo fattore venne a perdere di importanza, perché l'illecito civile, così come configurato nel codice attuale, trova fra i suoi elementi costitutivi il danno *contra jus*, ma non la condotta antiggiuridica<sup>86</sup>. In altre parole, grazie alla recisione del vincolo biunivoco con la legge penale, la tipicità delle ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale passò da essere legata al fatto così come individuato dalla fattispecie criminosa astratta ad essere riferita all'interesse leso<sup>87</sup>, per la cui individuazione tuttavia il legislatore non ritenne sufficiente il criterio

---

<sup>84</sup> Tra i primi a sottolineare l'innovazione realizzatasi con il nuovo c.c. si veda E. Scuto, *Osservazioni sul danno non patrimoniale e sulla sua risarcibilità nel nostro diritto positivo*, in *Dir. e giur.*, 1953, pag. 451 e ss., per il quale "non è vero che si abbia, quindi, il risarcimento di cui sopra, solo e limitatamente all'esistenza di un reato (che è l'aspetto più appariscente), ma anche allorquando ricorrono i suddetti casi, sia quindi nell'ambito esclusivamente penalistico, che nella sfera di altri rapporti (pag. 458).

<sup>85</sup> Cfr. *ut supra* § 1.1.1.4.

<sup>86</sup> C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., pag. 21 e ss.; F. Piraino, *"Ingiustizia del danno" e antiggiuridicità*, cit., pag. 703 e ss.; D. De Martini, *I fatti produttivi di danno risarcibile*, cit., pag. 51 e ss.; S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, cit., pag. 50 e ss., e R. Scognamiglio, voce «Illecito (diritto vigente)», cit., pag. 18 e ss. Del dibattito che ha interessato la rilevanza o meno della condotta *non jure* nella costruzione dell'illecito civile e delle differenze fra illecito civile e illecito penale si è dato conto alla nota 53, cui si rinvia.

<sup>87</sup> Illuminanti a questo proposito sono le parole usate da B. Inzitari, voce «Necessità (dir. priv.)», in *Enc. Dir.*, XXVI, 1977, pag. 856, che riferite all'illecito civile in generale *a fortiori* valgono quando il pregiudizio sia di natura non economica: "a differenza del diritto penale, la considerazione dell'ordinamento non è rivolta alla valutazione dei comportamenti che violano un dovere di condotta, ma piuttosto la valutazione è spostata tutta sulla esistenza o meno di un danno e sulla ricorrenza di criteri che consentono il trasferimento dei relativi costi da un soggetto ad un altro. La sanzione (se così si può chiamare) del risarcimento del danno non è fatta dipendere da un giudizio di riprovevolezza del comportamento posto in essere da un soggetto, bensì dalla creazione di un danno che l'ordinamento

della «ingiustizia» ex art. 2043 c.c. e con il rinvio contenuto nell'art. 2059 c.c. impose un suo rafforzamento da realizzarsi attraverso una previsione di legge<sup>88</sup>. La mutazione di assetto fu perciò accompagnata da un irrobustimento della tipicità a previsione generale<sup>89</sup> già individuata per le ipotesi di pregiudizio economico - riferita cioè ad una norma che individua la situazione soggettiva da tutelare<sup>90</sup> -, così giungendo nel caso di danno non patrimoniale ad una vera e propria tipicità di natura casistica - legata quindi ad una previsione *ad hoc* che lo rende risarcibile<sup>91</sup>.

---

giuridico ritiene «non giustificato» rispetto ad altri danni o genericamente perdite patrimoniali, ritenute non risarcibili, che quotidianamente si verificano nella trama dei rapporti economico-sociali”.

<sup>88</sup> Sui rapporti fra gli artt. 2043 e 2059 c.c. così come individuati da Cass., Sez. Un., 26972/08, cit., cfr. § 1.2.1.

<sup>89</sup> C. Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, pag. 109 e ss. Da ultimo si veda S. Patti, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *Riv. Notariato*, 2010, pag. 303 e ss., il che afferma di trovarsi d'accordo con coloro i quali hanno affermato “che l'art. 2043 non contiene una clausola generale, bensì una norma generale, o un concetto indeterminato, per diversi motivi, sui quali non è possibile soffermarsi in questa sede, ma in primo luogo perché l'illecito civile disciplinato dal suddetto articolo non presenta il carattere della «atipicità», almeno nel senso comunemente accolto. Una norma generale, come quella sopra indicata, non si può porre sullo stesso piano di clausole generali, ad esempio, di quella in tema di buona fede: la norma generale abbraccia molte fattispecie ma non presenta i caratteri di indeterminatezza e di elasticità propri della clausola generale”.

<sup>90</sup> Il dibattito attorno ad una delle questioni più suggestive in materia di responsabilità civile - il significato e la portata del requisito di ingiustizia del danno presente nell'art. 2043 c.c. - ha coinvolto un numero sterminato di autori e pertanto ogni pretesa di esaustività sarebbe velleitaria. Per una completa ricostruzione si veda E. Navarretta, *L'evoluzione storica dell'ingiustizia del danno e i suoi lineamenti attuali*, cit., pag. 135 e ss., e C. Salvi, *La responsabilità civile*, cit., pag. 82 e ss. La paternità della posizione espressa nel testo è da attribuire a C. Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., pag. 79 e ss., *Id.*, *La nuova responsabilità civile*, cit. pagg. 45 e ss., a cui si contrappongono, primo fra tutti S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, cit., pagg. 79 e 127, coloro che ritengono il criterio dell'ingiustizia una «clausola generale» che renderebbe atipiche le ipotesi di risarcibilità del danno patrimoniale. Di recente più autori - cfr. C. Scognamiglio, *L'ingiustizia del danno (art. 2043)*, in M. Bessone (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, X, Torino, 2005, pag. 23 e ss.; S. Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, pag. 350 e ss, nonché lo stesso Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., pagg. 25-26 - hanno mostrato la sussistenza di punti di contatto fra le due scuole di pensiero, ad esempio il fatto che entrambe ritengano superata la vecchia limitazione delle posizioni tutelate con il diritto soggettivo. La giurisprudenza sul punto sembra più propensa a sposare la tesi dell'atipicità e la stessa Cass., Sez. Un., 26972/08, cit., n. 28, seppur *incidenter tantum* ha affermato che “il risarcimento del danno patrimoniale da fatto illecito è connotato da atipicità, postulando l'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c., la lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante (sent. 500/99), mentre quello del danno non patrimoniale è connotato da tipicità”. Si vedano però da ultimo le osservazioni di C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., pag. 45 e ss.

<sup>91</sup> Cfr. K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, pag. 192 e ss., per il quale va definita “«casistica» una conformazione della fattispecie legale (intesa come complesso dei presupposti che condizionano la disposizione legislativa di conseguenze giuridiche), tale che descriva i singoli gruppi di casi nella loro specifica particolarità”. Per un'indagine circa la contrapposizione fra metodo casistico e «clausola generale», con specifici riferimenti all'opera di Engisch, si veda C. Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., pag. 99 e ss.

Se da un punto di vista squisitamente tecnico, nonostante alcuni residui di natura penalistica<sup>92</sup>, si compì una vera e propria svolta, bisogna però ammettere che la *mens legis* non sembrò accorgersene, tanto che nell'individuazione della *ratio* della tipicità non si notano differenze rispetto ai criteri che già avevano ispirato la riforma del codice penale del 1930. La Relazione ministeriale, infatti, trascura di sottolineare la novità della possibilità di risarcimento dei pregiudizi non economici anche in presenza di un illecito di sola natura civile e si occupa esclusivamente dell'ipotesi in cui il rinvio viene soddisfatto dall'art. 185 c.p., peraltro attribuendovi una funzione esclusivamente sanzionatoria, affermando che "soltanto nel caso di reato è più intensa l'offesa all'ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una più energica repressione con carattere anche preventivo"<sup>93</sup>.

### 1.1.2. Una nuova frontiera: il danno biologico

Tale riduttiva interpretazione del nuovo dato normativo probabilmente trova ragione nel fatto che *de iure condito* l'unico caso in cui il rinvio poteva essere integrato era proprio quello dell'illecito che configurava un illecito penale. Infatti il legislatore, mentre quando prevede la risarcibilità del danno non patrimoniale da reato conosceva già un buon numero di ipotesi - *in primis* gli illeciti previsti nella parte speciale dello stesso codice penale - in cui la fattispecie si sarebbe verificata, nel caso dell'art. 2059 c.c., escluso appunto quando il rinvio era soddisfatto dall'art. 185 c.p., le ipotesi in cui esso si sarebbe potuto concretizzare erano del tutto *in fieri*, posto che leggi civili in cui si prevedesse il risarcimento del danno non patrimoniale erano ancora interamente di lì a venire. A differenza quindi del legislatore tedesco che nell'optare per una tipicità di natura casistica attraverso il comma 1 del § 253 si spinse fino a prevedere

---

<sup>92</sup> Rinvenibili nella scelta di affidarsi ad una tipicità di natura civile, ma comunque casistica. Cfr. A. Nicolussi, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno aquiliano*, Milano, 1998, pag. 29, secondo il quale il modello più rigido di tipicità, quello casistico, è più consono al diritto penale, laddove nel diritto civile la tipicità solitamente è intesa come "necessità della lesione di una situazione giuridica subiettiva tutelata dall'ordinamento e ricostruibile come tale anche in via di interpretazione".

<sup>93</sup> Cfr. *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, cit., pag. 180. Anche G. Gentile, *Il danno non patrimoniale nel nuovo codice delle obbligazioni*, in *Il nuovo dir.*, 1942, pag. 103 e ss., sembra non accorgersi che il binomio danno non patrimoniale-reato era stato almeno astrattamente sciolto quando afferma che l'art. 2059 c.c. "ha cristallizzato definitivamente il danno non patrimoniale nell'ermetico crogiuolo del diritto penale" (pag. 106).

espressamente nel § 847 le ipotesi principali in cui lo *Schmerzensgeld* era risarcibile<sup>94</sup>, quello italiano compì un'opera che si potrebbe definire «un'incompiuta», perché delegò ai posteri il compito di emanare norme civili che integrassero il nuovo dato normativo.

Senonché tale condizione di totale assenza di norme civili che integrassero il rinvio dell'art. 2059 c.c. si protrasse per un periodo lungo più di trent'anni, nel quale pertanto il rinvio dell'art. 2059 c.c. venne ritenuto dalla giurisprudenza soddisfatto esclusivamente in presenza di un reato e finalizzato al risarcimento del solo danno morale<sup>95</sup>. In quel lasso di tempo certo non mancò chi pose seriamente il problema della tutela dei «beni della personalità» anche in assenza di un delitto<sup>96</sup> e al di là delle sole conseguenze di natura economica<sup>97</sup>, ovvero un nutrito dibattito in ordine alla possibilità che due ipotesi di integrazione del rinvio contenuto nell'art. 2059 c.c.

---

<sup>94</sup> Il § 847 BGB concedeva il diritto ad un'equa riparazione in danaro a titolo di danno morale esclusivamente nei casi in cui il danneggiato aveva subito una lesione nell'integrità fisica, nella salute, nella libertà o nella libertà sessuale. Con la riforma del 2002 la norma è stata abrogata e il suo contenuto riportato nel § 253, dove perciò all'*Abs. 1* è previsto che "per il danno non patrimoniale può essere richiesto un indennizzo in danaro solo nei casi determinati dalla legge" e all'*Abs. 2* vi è l'elencazione dei casi già previsti nel § 847. Sul risarcimento del danno non patrimoniale nell'ordinamento tedesco si veda S. Wunsch, *Il modello tedesco delle Schmerzensgeldtabellen*, in G. Comandè e R. Domenici (a cura di), *La valutazione delle Macropermanenti: profili pratici e di comparazione*, Pisa, 2005, pag. 85 e ss. In merito invece alle affinità e alle differenze fra ordinamento italiano e tedesco in materia di pregiudizi non economici si vedano C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., pag. 35 e ss.; G. Cian, *La riforma del BGB in materia di danno immateriale e di imputabilità dell'atto illecito*, in Riv. dir. civ., 2003, pag. 125 ss.; più di recente A. Nicolussi, *Danno non patrimoniale in Europa*, in S. Patti (diretto da) - S. Delle Monache (a cura di), *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010, pagg. 51 e ss.

<sup>95</sup> La maggior parte delle decisioni davano per scontata la regola, limitano il pregiudizio al *pecunia doloris* e tutt'al più si soffermano circa le conseguenze della estinzione del reato sull'obbligazione civile, sulla possibilità che il giudice accerti la natura penale dell'illecito, ecc. Cfr. *ex multis* Cass. Civ., Sez. III, n. 302 dell'8 febbraio 1951, in *Resp. civ. e prev.*, 1951, pag. 222 e ss.; Cass., Sez. Un., n. 2034 del 2 luglio 1955, in *Foro Pad.*, 1956, I, c. 24 e ss., con nota di A. Montel; App. Milano, 11 gennaio 1963, in *Giust. civ.*, 1963, I, pag. 1194 e ss., parla invece di danno non patrimoniale, seppur limitandolo ai soli casi di reato per le differenze ontologiche fra illecito civile e penale, Cass. Civ., Sez. III, n. 2529 del'8 ottobre 1973, in *Giust. civ.*, 1974, I, pag. 236 e ss.

<sup>96</sup> Il riferimento è al famoso saggio del 1957 di R. Scognamiglio, *Il danno morale*, cit., pag. 293 e ss.

<sup>97</sup> *Ivi*, pag. 298, "di fronte alla crescente considerazione di tali beni alla stregua del diritto, sorge il legittimo dubbio, che se ne possa e debba tenere conto anche ai fini della responsabilità civile; che insomma il danno a quei beni inferto debba considerarsi in sé e per sé risarcibile, e non solo per le conseguenze patrimoniali più evidenti, finora soltanto rilevate (e che potrebbero nella specie mancare)". Su queste premesse l'A. offriva poi un'indagine volta a mostrare le differenze fra danno morale e danno personale, per concludere affermando che l'art. 2059 c.c. disciplinerebbe solo il primo, mentre il secondo rientrerebbe nella regola dell'art. 2043 c.c. e quindi per il suo risarcimento non necessiterebbe di una previsione di legge. L'A. ha di recente riproposto tale soluzione nel saggio *Il danno a beni interessi della persona e il danno morale mezzo secolo dopo*, in *Responsabilità civile e danno*, cit., pag. 467 e ss.

fossero rinvenibili negli artt. 7 (Tutela del diritto al nome) e 10 (Abuso dell'immagine altrui) dello stesso codice civile<sup>98</sup>, ma il vero cambio di marcia si ebbe solo a cavallo tra gli anni sessanta e settanta del secolo scorso, quando la dottrina iniziò a prendere seriamente coscienza della novità che anche in tema di danno non patrimoniale la Costituzione del 1948 poteva rappresentare. Il contatto si realizzò attraverso il diritto alla salute. Proprio in merito alla protezione fornita a quest'ultimo dall'art. 32 della Costituzione l'ancora sussistente legame biunivoco tra ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale e art. 185 c.p. cominciò ad essere percepito come non più sostenibile. Ciò che iniziò a destare perplessità fu il fatto che la lesione del diritto alla salute, mancando una norma in grado di soddisfare il rinvio previsto dall'art. 2059 c.c., desse accesso al risarcimento del danno non patrimoniale - *rectius* la menomazione psico-fisica indipendente dai riflessi di carattere economico derivanti dalla ridotta capacità lavorativa e di guadagno del danneggiato - solo ove la condotta integrava un reato e non quando invece si trattava di un illecito di sola natura civile. Da un punto di vista dogmatico quello che veniva messo in discussione era proprio la tipicità del fatto imposta dal legame con la fattispecie penale - fondata sulla combinazione su bene violato e modalità della lesione - ritenendo più coerente col dettato costituzionale la tipicità di stampo civilistico - basata esclusivamente sulla rilevanza dell'interesse offeso.

Se l'obiettivo era pressoché individuato - ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale seguito alla lesione della salute anche in assenza di reato -, in ordine alle modalità per il suo raggiungimento la giurisprudenza di merito e la Consulta ebbero opinioni diverse: la prima, una volta abbandonato il tentativo di superare l'*impasse* sposando la tesi di R. Scognamiglio<sup>99</sup> - l'art. 2059 c.c. sarebbe norma che riguarda il

---

<sup>98</sup> Alcuni autori, sulla premessa che i beni tutelati da tali norme sono di natura non patrimoniale e giudicando che il rinvio dell'art. 2059 c.c. non richiedesse un'espressa previsione di legge, ma solo la necessità di una norma che predicasse la tutela risarcitoria del bene di natura non economica, ritenevano che il danno non patrimoniale seguente alla lesione del nome o dell'immagine fosse risarcibile anche in assenza di reato: S. Pugliatti, *La trascrizione*, Milano, 1957, pag. 16 e C. Ribolzi, *In tema di tutela del diritto privato alla propria immagine*, in *Mon. Trib.*, 1950, pag. 57. *Contra* fra gli altri A. De Cupis, *I diritti della personalità*, Milano, 1961, II, pagg. 123-124.

<sup>99</sup> R. Scognamiglio, *Il danno morale*, cit., pag. 293 e ss. In questo senso cfr. Trib. Genova, 25 maggio 1974, in *Giur. it.*, I, 2, 1975, c. 54 e ss., con nota di M. Bessone-E. Roppo, *Lesione dell'integrità fisica e "diritto alla salute". Una giurisprudenza innovativa in tema di valutazione del danno alla persona*. Tale costruzione fu però respinta in sede di impugnazione, infatti la Corte d'appello di Genova, 17 luglio

solo *pretium doloris*, mentre il danno biologico, trovando la sua disciplina nell'art. 2043 c.c., sarebbe liberamente risarcibile -, si prodigò per la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c., mentre la seconda ogni volta che se ne presentò l'occasione rifiutò tale prospettiva.

#### 1.1.2.1. Art. 2043 o art. 2059 c.c.? Gli oscillamenti della Corte costituzionale

La posizione della Corte costituzionale non fu però monolitica e, probabilmente anche in ragione del fatto che il dibattito sul punto era ormai divenuto ormai generalizzato e le soluzioni proposte erano molteplici<sup>100</sup>, mutò di decisione in decisione.

In prima battuta la Corte costituzionale sul finire degli anni settanta fu destinataria di due ordinanze: la prima del Tribunale di Padova<sup>101</sup>, con la quale si chiedeva la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c. per violazione dell'art. 3 Cost. nella parte in cui limitava il risarcimento del danno non patrimoniale al solo caso

---

1975, in *Giur. it.*, I, 2, c. 442 e ss., riformò la sentenza di primo grado affermando che il danno biologico, essendo una "*sub specie* di danno non patrimoniale" poteva essere risarcito "nelle sole ipotesi previste dalla legge e richiamate dall'art. 2059", cioè nei soli casi di reato.

<sup>100</sup> Oltre alle decisioni contrastanti del distretto della Corte d'appello di Genova riportate alla nota precedente, in quel periodo si registravano numerosi contributi dottrinali volti a segnalare l'incoerenza fra dato costituzionale - dove all'art. 32, comma 1, la salute è tutelata "come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività" - e normativa civile - che frapponeva un ostacolo al risarcimento del pregiudizio non patrimoniale causato dalla lesione dello stesso diritto, seppur prospettando soluzioni diverse -: A. De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, cit., pag. 242, concludeva la sua disamina intorno alla norma di chiusura del libro IV del codice civile auspicandone la rimozione; F.D. Busnelli, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, in F.D. Busnelli e U. Breccia (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, 1978, pag. 537 e ss., posto che "ai sensi dell'art. 2059, deve intendersi un danno che non si presta ad un'obiettiva e diretta valutazione in denaro", mentre "le menomazioni fisiche o psichiche, invece, in quanto «modificazioni peggiorative del modo di essere della persona fisica», provocano conseguenze che si prestano ad essere valutate con criteri obiettivi", sembrava porsi, seppur "senza pretesa di assolutezza e di immutabilità", a fianco di coloro che, nel solco tracciato da R. Scognamiglio, *Il danno morale*, cit., pag. 263 e ss. e condiviso da M. Bessone-E. Roppo, *Lesione dell'integrità fisica e "diritto alla salute". Una giurisprudenza innovativa in tema di valutazione del danno alla persona*, cit., c. 61 e ss., individuavano nell'art. 2043 c.c. la norma deputata alla disciplina del danno biologico; diversa ancora era l'opinione di M. Perfetti, *Prospettive di una interpretazione dell'art. 2059 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, pag. 1064, il quale in un'indagine riferita in generale al danno non patrimoniale proponeva un'interpretazione dell'art. 2059 c.c. "come disposizione che introduce un regime più restrittivo per tale tipo di danno, ma non giustifica di per sé l'opinione che, ai fini del risarcimento dei danni non patrimoniali, sia indispensabile una previsione espressa in tal senso, in quanto la condizione restrittiva, imposta dalla scelta politica del legislatore, deve ritenersi soddisfatta quante volte l'interpretazione logica e quella sistematica di una norma, in aggiunta all'interpretazione letterale, conducano con certezza a ritenere che il legislatore abbia inteso prevedere con quella norma, il risarcimento dei danni non patrimoniali".

<sup>101</sup> Trib. Padova, 22 marzo 1973, cit.

di reato e non invece quando, pur trattandosi del medesimo pregiudizio, l'illecito era solo di natura civile, mentre la seconda del Tribunale di Camerino<sup>102</sup>, che invece prendeva di mira l'art. 2043 c.c., in riferimento agli artt. 3, 24 e 32 Cost., nella parte in cui non consentiva il risarcimento del danno biologico quale stato di benessere fisico dell'individuo e al di là dei riflessi sulla capacità lavorativa.

Le questioni poste furono dichiarate entrambe infondate dalla Consulta. Nell'una - come visto in precedenza<sup>103</sup> - la Corte precisò che la diseguale disciplina dei pregiudizi non patrimoniali causati da reato e da illecito civile è giustificata dalla "diversità, per presupposti e gravità, delle due situazioni"<sup>104</sup>, mentre nell'altra, trattandosi di un caso in cui il danneggiante era stato condannato con sentenza penale passata in giudicato, il Collegio ebbe buon gioco nell'affermare che, in luogo di quanto affermato dal Tribunale, il danno biologico quale danno non patrimoniale andava risarcito secondo il combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p.

Rispetto alla problematica del danno biologico la situazione rimase perciò immutata: quest'ultimo rimaneva ancora risarcibile solo ove la presenza di un reato soddisfacesse il rinvio contenuto nell'art. 2059 c.c. Il tentativo di spezzare il legame con la fattispecie criminosa quindi fallì, anche se in un inciso della Corte pare scorgersi il germoglio di quella che sarebbe poi divenuta la strada maestra per giungere alla piena risarcibilità del danno alla persona. Il Collegio infatti *en passant* afferma che la discrezionalità del legislatore nel subordinare il risarcimento del danno non patrimoniale alla presenza di un reato si arresta ove "vengono in considerazione situazioni soggettive costituzionalmente garantite"<sup>105</sup>. Come mai la Corte non tragga le debite conseguenze di tale affermazione con riguardo al diritto alla salute, peraltro definito "diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati", è quesito che trova probabilmente risposta nel contenuto delle rispettive ordinanze di rimessione. Invero, a meno di violare il principio *ne eat iudex extra petita partium*, nella pronuncia n. 87 la Consulta non avrebbe potuto occuparsi del danno biologico, perché l'ordinanza di rimessione si riferiva genericamente al danno non

---

<sup>102</sup> Trib. Camerino, 12 novembre 1976 (ord.), in *Resp. civ. prev.*, 1977, pag. 615 e ss.

<sup>103</sup> Cfr. § 1.1.1.5.

<sup>104</sup> Corte cost., n. 87 del 26 luglio 1979, n. 3, in *Resp. civ. e prev.*, 1979, pag. 702.

<sup>105</sup> *Ibidem*.

patrimoniale con riferimento ai soli artt. 3 e 24 Cost. e non all'art. 32, e allo stesso modo nella n. 88 non avrebbe potuto affrontare il tema della necessaria presenza di un reato, perché nel caso di specie questo sussisteva.<sup>106</sup>

Da questo punto di vista ben più mirate furono le ordinanze del Tribunale di Genova e del Tribunale di Salerno che portarono alla pronuncia n. 184 del 14 luglio 1986. In questo caso infatti l'illegittimità costituzionale riguardava l'art. 2059 c.c. con riferimento non solo all'art. 3 della Costituzione, ma anche all'art. 32. Tuttavia il Collegio preferì non rimanere nel solco tracciato dalle precedenti decisioni<sup>107</sup> e ritenne invece di individuare nell'art. 2043 c.c. la norma deputata alla disciplina del danno biologico<sup>108</sup>. La soluzione costituisce il frutto di un impianto argomentativo tutt'altro che improvvisato. Riconosciuta la possibilità che la responsabilità civile da fatto illecito possa nei casi più gravi "assumere compiti preventivi e sanzionatori"<sup>109</sup>, la Corte, una volta chiarite le nozioni di «danno evento» e «danno conseguenza»<sup>110</sup>, annoverò il danno biologico - inteso quale "menomazione dell'integrità psico-fisica dell'offeso *che* costituisce l'evento interno al fatto illecito"<sup>111</sup> - nella prima<sup>112</sup> e il danno morale - definito come "il transeunte turbamento psicologico del soggetto offeso"<sup>113</sup> - nella seconda<sup>114</sup>. Tale classificazione risultava funzionale all'individuazione della normativa cui sarebbero sottoposti tali pregiudizi: una volta argomentato nel senso che il danno previsto nell'art. 2043 c.c. non sarebbe solo quello in senso stretto patrimoniale, ma

---

<sup>106</sup> A questo proposito si potrebbe forse attenuare il giudizio espresso sulle due decisioni da una parte della dottrina, come ad esempio M. Dogliotti, *Danno non patrimoniale e diritto alla salute*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, pag. 795, secondo il quale la Corte avrebbe finito per contraddirsi. Nel senso del testo anche C. Castronovo, *Danno biologico*, cit., pag. 8, nonché la stessa Corte costituzionale, che con la sentenza n. 184 del 14 luglio 1986, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2053 e ss., con nota di G. Ponzanelli, *La Corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, c. 2976 e ss.; P.G. Monateri, *La Costituzione e il diritto privato: il caso dell'art. 32 Cost. e il danno biologico («Staatrecht verghe, Privatrecht besteht»); Resp. civ. e prev.*, 1986, pag. 520 e ss.; *Giur. Cost.*, 1986, pag. 1430 e ss., con nota di G.B. Ferri, *Il risarcimento del danno biologico nel sistema della responsabilità civile* (pag. 1716 e ss.), ebbe a sottolineare l'impossibilità nelle precedenti pronunce di valutare la rilevanza dell'art. 32 Cost. nell'interpretazione dell'art. 2059 c.c. (n. 11).

<sup>107</sup> C. Castronovo, *Danno biologico*, cit., pag. 9, parla di "decisione reciproca della n. 88/79".

<sup>108</sup> Facendo propria la costruzione prospettata da F.D. Busnelli, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, cit., pag. 537 e ss.

<sup>109</sup> Corte cost., 184/86, cit., n. 3.

<sup>110</sup> *Ivi*, n. 4.

<sup>111</sup> *Ibidem*, corsivo nostro.

<sup>112</sup> *Ivi*, n. 5.

<sup>113</sup> *Ivi*, n. 4.

<sup>114</sup> *Ivi*, n. 5.



comprenderebbe pure “tutti i danni che, almeno potenzialmente, ostacolano le attività realizzatrici della persona umana”<sup>115</sup>, il Collegio, facendo leva sul diritto vivente in ordine alla valutabilità economica della salute<sup>116</sup>, non trovò difficile includere tra questi ultimi il danno biologico<sup>117</sup>, relegando l’art. 2059 c.c. a disposizione relativa “al solo danno morale subiettivo”<sup>118</sup> e così salvandola dalla declaratoria di incostituzionalità.

Tale impianto non resse però di fronte all’ipotesi in cui il danno biologico riguardava i congiunti e non la vittima primaria, rappresentando “il momento terminale di un processo patogeno originato dal medesimo turbamento dell’equilibrio psichico che sostanzia il danno morale soggettivo”<sup>119</sup>. In questo caso infatti l’evento che dava ultimamente origine al pregiudizio era la morte della vittima primaria dell’illecito, la quale causava un pregiudizio morale in capo al parente superstite, dalla cui degenerazione scaturiva una lesione della salute con relativo danno biologico. Dinanzi a una serie causale di questo tipo si presentava impossibile qualificare tale ultimo pregiudizio come un danno evento e pertanto la sua risarcibilità, da un lato, non poteva basarsi sulla costruzione di Corte cost. 184/86 e, dall’altro, non poteva nemmeno essere negata, perché così si sarebbe giunti “all’irrazionalità di una decisione che nelle conseguenze dello shock psichico patito dal familiare discerna ciò che è soltanto danno morale soggettivo da ciò che incide sulla salute, per ammettere al risarcimento solo il primo”<sup>120</sup>. Ecco allora che l’art. 2059 c.c. si mostrò nuovamente

---

<sup>115</sup> *Ivi*, n. 18.

<sup>116</sup> A proposito di questo riferimento nella decisione della Consulta si veda C. Castronovo, *Danno biologico*, cit., pag. 12 e ss. e più in generale rispetto alla categoria del «diritto vivente» con particolare riferimento alla funzione nomofilattica delle Sezioni Unite della Corte di cassazione L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, pagg. 160 e ss.

<sup>117</sup> Sulle conseguenze di tale scelta rispetto alla «patrimonializzazione» del danno biologico cfr. C. Castronovo, *Danno biologico*, cit. pag. 19 e ss. e più di recente M. Barcellona, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, pag. 12 e ss.

<sup>118</sup> Corte cost., 184/86, cit., n. 21.

<sup>119</sup> Corte cost., n. 372 del 27 ottobre 1994, in *Foro it.*, I, 1994, pag. 3297 e ss., con nota di G. Ponzanelli, *La Corte costituzionale e il danno da morte*; in *Dir. ed ec. ass.*, 1995, pag. 258 e ss., con nota di M. Franzoni, *La sentenza della Corte Costituzionale sul danno alla salute dei sopravvissuti*; in *Resp. civ. e prev.*, 1995, pag. 281 e ss., con nota di G. Giannini, *Danno alla persona anno zero: qualche domanda alla Corte Costituzionale*; in *NGCC*, I, 1995, pag. 406 e ss., con nota di P. Ziviz, *Danno biologico e morte della vittima: equivoci vecchi e nuovi*.

<sup>120</sup> Corte cost., 372/94, cit.

quale disposizione in grado di risarcire non solo il danno morale, ma anche il danno biologico, seppur nella sua sola versione “da lutto”<sup>121</sup>.

#### 1.1.2.2. Una nuova tipicità per l’art. 2059 c.c.

Una situazione del genere però - dove la lesione del medesimo diritto trova disciplina differente in base al fatto che il soggetto sia la vittima primaria o un suo parente - rischiava di compromettere la coerenza del sistema e perciò non resistette a lungo<sup>122</sup>. Invero a poco a poco si fece sempre più impellente la necessità di giungere ad una soluzione che individuasse una volta per tutte quale fosse la norma deputata a disciplinare in ogni caso le ipotesi di lesione del diritto alla salute. Ciò avvenne mediante due ormai famose sentenze della Sezione III della Corte di Cassazione<sup>123</sup>, che nel maggio del 2003 ancorarono definitivamente il risarcimento del danno biologico all’art. 2059 c.c., e una pronuncia della Consulta<sup>124</sup>, che avallò tale opzione.

Secondo la Cassazione infatti, posto che la locuzione «danno non patrimoniale» dell’art. 2059 c.c. deve essere intesa “come danno da lesione di valori inerenti la persona e non più solo come «danno morale soggettivo»”<sup>125</sup>, nel momento in cui si applica a questa norma il ragionamento sulla forma di tutela minima del diritto alla salute che Corte cost. 184/86 aveva riferito all’art. 2043 c.c. specificando che “il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può

<sup>121</sup> Cfr. M. Fortino, *I danni ingiusti alla persona*, cit., pag. 86, la quale usa tale locuzione per differenziare il danno biologico che rappresenta la degenerazione del danno morale per la perdita di un congiunto e il danno biologico causato invece da una lesione della salute non mediata da alcuna sofferenza morale. C. Castronovo, *Danno biologico*, cit., pag. 218, parla invece di danno alla salute «primario» e «secondario».

<sup>122</sup> Cfr. C. Castronovo, *Danno biologico*, cit., pag. 220.

<sup>123</sup> Cass. Civ. Sez. III, nn. 8827 e 8828 del 31 maggio 2003, in *Danno e resp.*, 2003, pag. 816 e ss., con note di F.D. Busnelli, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*; G. Ponzanelli, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*, e A. Procida Mirabelli di Lauro, *L'art. 2059 va in paradiso*; in *Resp. civ. e prev.*, 2003, pag. 675 e ss., con nota di P. Cendon, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass. 8828/2003*; E. Bargelli, *Danno non patrimoniale ed interpretazione orientata dell'art. 2059 c.c.*, e P. Ziviz, *E poi non rimase nessuno*.

<sup>124</sup> Corte cost., n. 233 dell'11 luglio 2003, in *Giur. Cost.*, 2003, pag. 1981 e ss., con nota di G.B. Ferri, *Le temps retrouvé dell'art. 2059 c.c.*; in *Resp. civ. e prev.*, 2003, pag. 1036 e ss., con nota di P. Ziviz, *Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c.*; in *Danno e responsabilità*, 2003, pag. 939 e ss., con note di M. Bona, *Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte costituzionale apre (verso il “nuovo”art. 2059 c.c.)*; G. Cricenti, *Una diversa lettura dell'art. 2059 c.c.*, G. Ponzanelli, *La Corte costituzionale si allinea con la Corte di Cassazione*; A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 233/03*, e O. Troiano, *L'irresistibile ascesa del danno non patrimoniale*.

<sup>125</sup> Cass. 8827/03, cit., n. 3.1.4.3.

essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alla legge fondamentale, atteso che il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela"<sup>126</sup>, non esiste più alcun ostacolo al fatto che l'art. 2059 c.c. costituisca il luogo in cui il danno biologico trova la propria disciplina<sup>127</sup>. Di lì a poco tale impianto argomentativo fu benedetto dalla Corte Costituzionale che nel riproporlo gli attribuì "l'indubbio pregio di ricondurre a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona"<sup>128</sup>.

La scelta impone una riflessione circa la dinamica attraverso cui in questo caso il requisito della tipicità delle ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale previsto dall'art. 2059 c.c. viene soddisfatto. Invero se, da un lato, il riferimento all'interesse leso e non alla condotta antigiuridica porta a ritenere che si rimanga nel solco di una tipicità di natura civile e non penale<sup>129</sup>, dall'altro, il fatto che l'integrazione del rinvio contenuto nella norma di chiusura del libro IV del c.c. non avvenga per mezzo di una presa di posizione espressa da parte del legislatore, bensì attraverso il richiamo, seppur mediato dal riferimento all'ingiustizia ex art. 2043 c.c.<sup>130</sup>, ad una norma costituzionale - l'art. 32 - solamente enunciativa del diritto, comporta almeno tecnicamente il superamento della tipicità legata ai casi previsti dalla legge contenuta nell'art. 2059 c.c.<sup>131</sup> a favore di una tipicità a previsione generale<sup>132</sup>, per così dire,

---

<sup>126</sup> *Ivi*, n. 3.1.5.

<sup>127</sup> Per quel che concerne il ragionamento della Corte sulle ipotesi di lesione degli altri diritti fondamentali della persona cfr. il successivo § 1.1.3.3.

<sup>128</sup> Corte cost., 233/03, cit., n. 3.4.

<sup>129</sup> Sul diverso connotarsi della tipicità penale, legata al fatto astrattamente previsto dalla norma, rispetto a quella civile parametrata sull'interesse leso cfr. § 1.1.1.4.

<sup>130</sup> Sul fatto che il rinvio dell'art. 2059 c.c., riguardando l'interesse leso dalla condotta e non il danno conseguenza, sia da intendersi nei confronti dell'art. 2043 c.c. e segnatamente alla clausola di ingiustizia in tale norma contenuta, cfr. il successivo § 1.2.1.

<sup>131</sup> Sui connotati della tipicità originariamente prevista nell'art. 2059 c.c. si veda § 1.1.1.5.

<sup>132</sup> Sul tali due possibili modi di atteggiarsi della tipicità cfr. C. Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., pag. 112 e ss., specificamente pag. 119, nota 79, "un *Generaltatbestand* non esclude la tipicità proprio nella misura in cui la categoria in esso contenuta è meramente riassuntiva di figure specifiche ricavabili *aliunde*. La contrapposizione diventa esatta se impostata nei termini di *previsione generale - previsione casistica*, la prima volta a fissare una tipicità estensibile automaticamente con il porsi di nuovi doveri ad opera di nuove norme, al seconda invece ancorata ad una tipicità rigida di fattispecie predeterminate". A questo proposito l'affermazione della Cassazione, 8828/03, cit., n. 3.1.5, per cui saremmo comunque dinnanzi ad un vero e proprio "caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale" non pare del tutto convincente, perché l'art. 32 non esplicita il fatto che il danno non patrimoniale conseguito alla lesione della salute debba essere risarcito,

«rinforzata», perché se nella forma essa è simile a quella dell'art. 2043 c.c.<sup>133</sup> - anche qui essa si riferisce alla presenza di una norma che individua la situazione soggettiva da tutelare -, nella sostanza si presenta ben più selettiva - il riscontro infatti darà esito positivo solo ove la disposizione, dal punto di vista del contenuto, riconosca un diritto inviolabile della persona e, da quello formale, sia di rango costituzionale<sup>134</sup>.

Il sistema così delineato tuttavia può reggersi senza condurre ad un'abrogazione surrettizia dell'art. 2059 c.c. a patto che l'opera interpretativa di concretizzazione della categoria riassuntiva prevista dalla disposizione costituzionale ricognitiva del diritto inviolabile della persona sia condotta rigorosamente, ovvero la norma costituzionale sia intesa non come «clausola generale» - «concetto elastico, il cui riferimento al caso concreto ai fini dell'applicazione della norma richiede una previa integrazione valutativa ad opera del giudice»<sup>135</sup> -, bensì quale «norma generale»<sup>136</sup> - «una norma

---

come sarebbe necessario per integrare il rinvio dell'art. 2059 c.c. inteso letteralmente. D'altra parte la tormentata storia del danno biologico sta a dimostrare che la questione si presenta ben più complicata. Per M. Barcellona, *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 56, nota 78, invece le sentenze del 2003 anziché intervenire sull'art. 2059 c.c., «fermi il tenore letterale e il senso di tale norma, ne promuovono l'apertura interpretando le norme costituzionali e «riscrivendole» in modo che a ciascuno dei diritti da esse previste si aggiunga un (implicito) codicillo del seguente tenore: ogni violazione di questo diritto che abbia causato un danno patrimoniale o non patrimoniale obbliga *almeno* al risarcimento. È questo codicillo aggiunto in via interpretativa che, allora, fa scattare l'eccezione di un art. 2059 c.c. che rimane tale e quale a prima» (corsivo nel testo). Una tale costruzione sembra però smentita dall'intento da cui la Corte afferma di prendere le mosse: l'interpretazione *costituzionalmente* orientata dell'art. 2059 c.c. e non un'interpretazione *civilmente* ispirata del dettato costituzionale, che lo stesso A. peraltro definisce «altamente discutibile proprio sul terreno della teoria costituzionale» (pag. 57 e ss.).

<sup>133</sup> Cfr. § 1.1.1.5. Per C. Salvi, *La responsabilità civile*, cit., pag. 80, «il nuovo sistema giurisprudenziale introduce in effetti, ai fini dell'individuazione della fattispecie di danno non patrimoniale risarcibile, un criterio analogo a quello dell'ingiustizia del danno, operante per il danno patrimoniale. Analogo, ma non collimante: non in tutte le ipotesi lesive nelle quali, in presenza di una perdita economica, è congruo affermare la risarcibilità, devono ritenersi necessariamente da risarcire le ipotizzate sofferenze, o peggioramenti della qualità della vita, che ne siano derivate».

<sup>134</sup> A questo proposito Cass., Sez. Un., 26972/08, cit., n. 3.3., con evidente riferimento al criterio dell'art. 2043 c.c. parla di «ingiustizia costituzionalmente qualificata».

<sup>135</sup> Cfr. C. Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., pag. 105. Si tratta della seconda definizione di «clausola generale» proposta da Engisch e di fatto oggi divenuta l'unica in uso. Per S. Patti, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, cit., pag. 305, «la discrezionalità dell'interprete è maggiore di fronte alle cosiddette fattispecie indeterminate, cioè quando si richiede un'integrazione valutativa, e quindi nell'applicazione delle norme che - indicate come clausole generali - non presentano alcun nucleo concettuale e per tale motivo vengono definite anche come norme in bianco. Secondo Esser, il giudice in questa ipotesi è libero rispetto alla fattispecie e non sussume, dovendo apprezzare tutte le circostanze al fine di pervenire ad una decisione equa. In definitiva, attraverso le clausole generali, il legislatore ha delegato al giudice la formazione della norma da applicare nel caso concreto. Si parla in questo contesto non solo di clausole generali ma anche di standard valutativi, che vengono presi come parametro nell'applicazione delle norme che contengono clausole generali».

completa, costituita da una fattispecie e da un comando, ma la fattispecie non descrive un singolo caso o un gruppo di casi, bensì una generalità di casi genericamente definiti, mediante una categoria riassuntiva, per la cui concretizzazione il giudice è rinviato volta a volta a modelli di comportamento e a stregue di valutazione obiettivamente vigenti nell'ambiente sociale in cui opera"<sup>137</sup>. Certo anche la "norma generale" lascia al giudice un margine "di discrezionalità, e così ammette un certo spazio di oscillazione della decisione; ma si tratta di una discrezionalità di fatto, non di una discrezionalità produttiva o integrativa di norme"<sup>138</sup>, come invece capita nel caso di una "clausola generale"<sup>139</sup>.

---

<sup>136</sup> Secondo L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, ora in C. Castronovo - A. Nicolussi - A. Albanese (a cura di), *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, pag. 165 e ss., "i diritti fondamentali non sono propriamente clausole generali (costituzionali), bensì hanno la struttura di norme generali formulate al livello più alto di generalizzazione" (pagg. 169-170). Sembra della stessa opinione, seppur usando terminologie diverse, A. Falzea, *Diritti fondamentali e costituzione*, in *Id., Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1999, pag. 615 e ss., il quale si interroga circa la natura delle regole giuridiche nelle quali i diritti fondamentali si sostanziano e giunge alla conclusione che "posti ai vertici del diritto positivo ed esigendo una latitudine deontica capace di cogliere tutte le possibili specificazioni che possono presentare nella realtà della vita sociale e giuridica, i valori supremi si presentano nella forma di principi giuridici e in questa forma si contrappongono alle norme giuridiche. Formulato nei modi di un postulato, il criterio di distinzione tra norma e principio è da intendere nel senso che la norma è una regola giuridica che disciplina situazioni interesse determinate mediante precetti di azioni determinati, e che il principio è ogni regola giuridica caratterizzata dalla indeterminatezza sia quanto alla situazione di interesse sia quanto al precetto di azione".

<sup>137</sup> L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., pag. 169, che riprende la definizione di K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., pag. 193, "forma di fattispecie che descrive con grande generalità un ambito di casi e li consegna alla valutazione giuridica" per la verità indicata come il primo dei due significati, ormai caduto in disuso, che il giurista tedesco attribuisce al concetto di «clausola generale» e a cui oggi dovremmo sostituire quello di «norma generale».

<sup>138</sup> L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., pag. 169, il quale poi specifica a pag. 176 che "quando la norma è formulata con la tecnica della fattispecie" - come abbiamo visto essere seppur con le sue peculiarità nel caso di una «norma generale» - "il giudice dispone in partenza di un patrimonio di dati per la ricerca della decisione, costituito dal testo normativo. I dati linguistici del testo segnano il limite delle possibili varianti di significato della norma, e in pari tempo, con la virtù figurativa o evocativa del linguaggio, orientano l'elaborazione dei progetti di soluzione. Solo all'interno della sezione di realtà sociale definita dalla norma come proprio ambito applicativo il giudice può attribuire rilevanza ad altri dati (non testuali) includendoli tra i fattori della decisione. In questi casi l'intersoggettività della decisione si fonda attraverso un controllo di compatibilità con i concetti espressi dalla norma, cioè è garantita dalla corrispondenza a un certo grado di astrazione concettuale del sistema a cui la norma è compresa".

<sup>139</sup> A proposito del compito affidato al giudice nel caso in cui si trovi dinnanzi ad una «clausola generale», oltre ai già citati K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., pag. 192 e ss., L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit.; C. Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., pag. 97 e ss. e S. Patti, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, cit.; si vedano, fra gli altri, A. Di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, pag. 59 e ss.; C. Castronovo, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pag. 21 e ss.; S. Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pag. 709 e ss.; A. Falzea, *I principi generali del*

Segnatamente nel caso dell'art. 32 Cost., mentre tale questione non sembra porsi quando l'esito della lesione è costituito da una menomazione fisica, perché *ipso facto* questa costituisce una lesione della salute, ben più problematica si presenta l'ipotesi in cui il danneggiato lamenta un pregiudizio di natura psichica. In quest'ultimo caso pare necessario che i confini del diritto alla salute non siano tanto ampi da poter ricondurre nell'orbita del danno biologico, ad esempio, anche il generico malessere che qualsiasi illecito causa<sup>140</sup>, perché ciò significherebbe giungere ad un'atipicità nei fatti delle ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale, così sovvertendo il dato normativo<sup>141</sup>.

Da questo punto di vista bene ha fatto il nostro legislatore quando, definendo negli artt. 138 e 139 del D.Lgs. n. 209 del 2005 il danno biologico come "la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane

---

*diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, pag. 455 e ss.; P. Rescigno, *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, pag. 1 e ss.; E. Fabiani, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003, pag. 17 e ss.; U. Breccia, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Lav. e dir.*, 2007, pag. 443 e ss.; M. Barcellona, *Sul senso delle clausole generali: il diritto tra giudice e legge*, in *Dem. e dir.*, 2009, pag. 37 e ss., V. Velluzzi, *Le clausole generali: semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, nonché le relazioni di P. Rescigno, D. Carusi, P. Chiassoni, S. Mazzamuto, F. Rosselli, G. D'Amico, F. Astone, V. Cuffaro, E. Moscati e dello stesso V. Velluzzi, esposte alla presentazione del volume di quest'ultimo e pubblicate in *Giur. it.*, 2011, pag. 1689 e ss.

<sup>140</sup> Già L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996 pag. 134, a proposito dell'argomento consequenzialista nell'interpretazione costituzionale chiarì che "l'argomentazione della sentenza n. 372 del 1994, in tema di danno biologico, è stata orientata anche dal proposito di indurre i giudici di merito a porre un freno a una interpretazione ipertrofica dell'art. 32 Cost. (in sinergia con l'art. 2043 c.c.)". Sui rischi che un'estrema soggettivizzazione del concetto di salute si vedano le osservazioni di A. Nicolussi, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia a trattamenti sanitari*, in *Quad. cost.*, 2010, pag. 269 e ss., il quale, seppur partendo da problematiche differenti, giunge ad affermare che "la tutela della salute ex art. 32 Cost., pur implicando senz'altro una personalizzazione in relazione alle caratteristiche individuali del malato, impone tuttavia di preservare un momento di intersoggettività circa l'attività medica e lo stesso concetto di salute, altrimenti non sappiamo più di che cosa parliamo. Se invece la salute viene ridotta a mera proiezione della volontà soggettiva non è più possibile concepire una tutela pubblica della sanità. [...] Come si può ancora parlare di danno biologico? La lotta tra diritto e torto si gioca anche sul versante dei significati oggettivi delle parole che compongono il discorso giuridico per impedirne la liquefazione in un indecidibile *secundum quid*" (pagg. 278-279).

<sup>141</sup> Fra i primi a rilevare questo rischio vi furono C. Castronovo, *Danno biologico*, pagg. 153-154, il quale criticava la tendenza ad interpretare la categoria del danno biologico "come una piccola clausola generale, specie di quella grande, il «danno ingiusto» dell'art. 2043 c.c., come se in un ordinamento di legge scritta le situazioni giuridiche soggettive possano trovare fonte nella giurisprudenza", ed E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., pag. 407, per la quale "lo shock, la sofferenza e lo stress non sono di per sé il profilo negativo di situazioni soggettive ed, in particolare, dell'interesse alla salute, ma appartengono alla dimensione delle conseguenze pregiudizievoli personali, che si raccordano, volta per volta, a svariati interessi".

e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito”, pare averne legato la sussistenza ad una verifica di natura tecnica<sup>142</sup>, così fugando il rischio di un’indiscriminata soggettivizzazione<sup>143</sup>. Va segnalato che sul punto esistono posizioni

---

<sup>142</sup> In questo senso D. Poletti, *Il danno biologico nella ridefinizione dell’unitario danno non patrimoniale*, in *Responsabilità civile*, cit., pag. 166, per la quale “la definizione di danno biologico conferma l’accoglimento, nel sistema liquidatorio, di una figura di danno il cui tratto ontologico caratterizzante è chiaramente individuato dal legislatore in una stretta compenetrazione tra lesione dell’integrità psicofisica e accertamento di tipo medico”. *Contra* M. Rossetti, *Il danno alla salute*, Padova, 2009, pag. 268, per il quale “in alcuni casi il danno può essere apprezzato e liquidato equitativamente, anche senza l’intervento del medico legale”, per poi precisare che “di norma la c.t.u. si presenta superflua in due casi: (a) quando le lesioni documentate siano di entità molto lieve, sicché il corrispondente danno può essere adeguatamente stimato e liquidato facendo leva sugli strumenti di cui all’art. 115 c.p.c. (fatto notorio) e 2227 c.c. (presunzione semplice); (b) quando i postumi residuati dalla lesione siano tali da non consentire margini di dubbio circa il loro inquadramento nosografico e la loro valutazione in punti percentuali: ad es., la perdita della vista di un occhio (ovviamente in un soggetto che non fosse già monocolo) per tutti i *barèmes* medico legali più diffusi ed accreditati è considerata causa di invalidità del 25% : sicché in casi simili appare superfluo ricorrere all’ausilio del medico legale” (pag. 274). Ora, da un certo punto di vista in alcuni casi la lesione della salute può in effetti appurarsi *de visu*, tuttavia anche in queste ipotesi non sembra potersi prescindere da una perizia che dettagli la menomazione in modo da indirizzare il medico nella valutazione del danno, mentre ancor più problematica si presenta la questione quando si tratta di un danno psichico, per l’accertamento del quale risultano necessarie particolari competenze tecniche. In questo senso E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento*, cit., pag. 408, per la quale “il confine fra il danno alla salute (e, specificamente, il danno psichico) ed il danno morale risiede nell’accertamento di una patologia [...]. [...] Il dolore che non determina una patologia psichica non è, dunque, riconducibile al danno alla salute e neppure al concetto giuridico di interesse alla salute, come diritto inviolabile ex art. 32 C. Quel bene, infatti, postula, come già detto alla luce dell’interpretazione dell’art. 5 c.c., il presupposto negativo della malattia”.

<sup>143</sup> Dal punto di vista della nozione di danno biologico la normativa presenta invece dei profili di problematicità. Invero, posto che essa comprende non solo la violazione dell’integrità psico-fisica in sé determinata, ma si allarga anche alle conseguenze dinamico-relazionali che la lesione comporta, in relazione alle quali peraltro, ove la menomazione vi incida in maniera rilevante e specifica, lo stesso D.Lgs. 209/05 ai commi 3 degli artt. 138 e 139 prevede la possibilità per il giudice di aumentare, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato, sino al trenta per cento se si tratta di lesioni di non lieve entità (menomazione dell’integrità psico-fisica superiore al nove per cento), ovvero fino ad un quinto se la lesione è di lieve entità (inferiore al nove per cento), l’ammontare determinato ai sensi della tabella unica nazionale, viene da domandarsi se in aggiunta possa essere risarcito separatamente il danno morale cagionato dalla lesione della salute. Ad esempio per P. Ziviz, *La valutazione del danno biologico nel nuovo codice delle assicurazioni*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, pag. 644, nota 7 la risposta è affermativa, ma si vedano le recenti osservazione a proposito di E. Navarretta., *Il danno non patrimoniale*, in *cit.*, pag. 47 e ss. Al contrario l’ampia definizione ha portato M. Rossetti, *Post nubila phoebus. Ovvero gli effetti concreti della sentenza n. 26972/2008 delle Sezioni Unite in tema di danno non patrimoniale*, in *AA.VV., Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009, pag. 443, ad affermare che vista la natura omnicomprensiva del danno biologico “il giudice non avrà più la possibilità di liquidare danno biologico e danno morale, ma solo quella di liquidare il danno biologico con una personalizzazione” entro i limiti previsti dalle norme del D.Lgs. 209/05. Quest’ultima sembra anche la posizione delle Sezioni Unite, 26972/08, cit., n. 4.9, le quali, accolta la definizione ampia del Codice delle Assicurazioni, affermano che “determina duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno morale [...]. [...] dovrà il giudice, qualora si avvalga delle note tabelle, procedere ad adeguata personalizzazione delle liquidazione del danno biologico, valutando nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro

differenti<sup>144</sup> e, da ultimo, la questione è stata posta alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Nell'ordinanza di rimessione, infatti, al quesito n. 5 si domandava al Supremo Collegio se il danno "che non abbia riscontro nell'accertamento medico, ma incida tuttavia nella sfera del diritto alla salute inteso in una ben più ampia accezione (come pur postulato e predicato in sede sovranazionale) di «stato di completo benessere psico-fisico»<sup>145</sup> può dirsi o meno risarcibile sotto un'autonoma voce di danno esistenziale da lesione del diritto alla salute di tipo non biologico dacché non fondato su lesione medicalmente accertabile"<sup>146</sup>. Le Sezioni Unite, attribuita alla definizione di danno biologico contenuta nel D.Lgs. 209/05 una portata non limitata alla *sedes materiae* in cui è stata prevista<sup>147</sup>, hanno affermato che "le considerazioni svolte valgono a dare risposta negativa a tutti quesiti, in quanto postulanti la

---

del danno nella sua interezza". Sembrerebbe un'interpretazione autentica degli art. 138 e 139 del D.Lgs. 209/05, con relativa estensione della regola a tutte le fattispecie di lesione della salute, meno i limiti di aumento *ivi* previsti. A tale impostazione si è adattato il Tribunale di Milano, il quale nelle nuove tabelle per la liquidazione del danno da lesione dell'integrità psico-fisica - disponibili su [www.ordineavvocatimilano.it](http://www.ordineavvocatimilano.it) con la relativa nota esplicativa - ha previsto la liquidazione congiunta, mediante l'aumento del c.d. punto di invalidità, sia del danno biologico nella nozione ampia del Codice delle Assicurazioni sia del danno morale, lasciando al giudice la possibilità di personalizzare fino ad un limite massimo nel caso di situazioni eccezionali.

<sup>144</sup> Ad per Cass. Civ., Sez. III, n. 13546 del 12 giugno 2006, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, pag. 1439 e ss., con nota di P. Ziviz, *La fine dei dubbi in materia di danno esistenziale*, dall'accoglimento della categoria del danno esistenziale effettuato da Cass., Sez. Un., n. 6572 del 24 marzo 2006, in *Foro it.*, I, c. 2334 e ss., emergerebbe "una figura di danno alla salute in senso lato che, pur dovendo - diversamente dal danno morale soggettivo - obiettivarsi, a differenza del danno biologico rimane integrato a prescindere dalla relativa accertabilità in sede medico-legale".

<sup>145</sup> Il riferimento è alla nozione di salute fornita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità e recepita in materia di sicurezza sul lavoro all'art. 2, comma 1, lett. o), del D.Lgs. n. 81 del 2008. Cfr. il documento *Constitution of the world health organization*, disponibile sul sito [www.apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf](http://www.apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf): "health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity". Sulle problematiche che una definizione così ampia di «salute» comporta non solo in materia di danno biologico cfr. A. Nicolussi, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia a trattamenti sanitari*, cit., pag. 269 e ss., e V. Durante, *La salute come diritto della persona*, in S. Rodotà - P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, I, Milano, 2010, pag. 579 e ss. Anche P. Zatti, *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona*, in *NGCC*, II, 2008, pag. 404, ammette che "dalla definizione OMS la salute riceve [...] un'estensione tale, da non poter conservare un significato «normativo» legato a standard: come spesso succede un concetto sopporta la dilatazione fino a un certo punto, oltre il quale cambia di senso".

<sup>146</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. III, ord. n. 4712 del 25 febbraio 2008, in *Danno e resp.*, 2008, pag. 553 e ss., con note di G. Ponzanelli, *Il danno non patrimoniale tra letture costituzionali e tentazioni esistenziali: parola alle Sezioni Unite*, e M. Bona, *La saga del danno esistenziale verso l'ultimo ciak*.

<sup>147</sup> Cass., Sez. Un., 26972/08, cit., A) n. 2.7 e B) n. 2.1. Rilevano la medesima intenzione dalla lettura della sentenza E. Rocchi-M. Cucci, *I contenuti medico legali delle sentenze delle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione 24giugno/11 novembre n. 26972, 26973, 26974, 26975*, pag. 76, in G. Toscano (a cura di), *Il punto di approdo del danno non patrimoniale. Le pronunce delle Sezioni Unite di San Martino*, Milano, 2010.



sussistenza della autonoma categoria del danno esistenziale”<sup>148</sup>, tra cui parrebbe legittimo comprendere anche quello appena riferito. Sennonché poco dopo lo stesso Collegio precisa che l’accertamento medico-legale rappresenta il “mezzo di indagine al quale correntemente si ricorre, ma la norma (l’art. 138 o l’art 139 D.Lgs. 209/05, n.d.r.) non lo eleva a strumento esclusivo e necessario. Così come è nei poteri del giudice disattendere, motivatamente le opinioni del consulente tecnico, del pari il giudice potrà non disporre l’accertamento medico-legale, non solo nel caso in cui l’indagine diretta sulla persona non sia possibile (perché deceduta o per altre cause), ma anche quando lo ritenga, motivatamente, superfluo, e porre a fondamento della sua decisione tutti gli altri elementi utili acquisiti al processo (documenti e testimonianze), avvalersi delle nozioni di comune esperienza e delle presunzioni”<sup>149</sup>. La contraddizione sembra palese, oltre che reiterata nei confronti dell’ulteriore affermazione in base alla quale la differenza tra danno morale e danno biologico psichico sarebbe rappresentata dalle «degenerazioni patologiche della sofferenza» indispensabili per la configurazione di quest’ultimo<sup>150</sup>, le quali però sembrano difficilmente rilevabili in assenza dell’accertamento medico-legale. Più autori hanno espresso riserve nei confronti della presa di posizione delle Sezioni Unite<sup>151</sup>, ma ciò che più conta in questa sede è il fatto che - come visto - ad accogliere la seconda prospettazione l’intero impianto dogmatico della sentenza relativo alla possibilità di integrare il rinvio contenuto nell’art. 2059 c.c. mediante il riferimento all’art. 32 Cost. e finalizzato a preservare la regola della tipicità delle ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale<sup>152</sup>, una volta eliminata la necessità dell’accertamento medico-legale e così aperta la strada ad una

---

<sup>148</sup> Cass., Sez. Un., 26972/08, cit., n. 3.14.

<sup>149</sup> *Ivi*, n. 4.10.

<sup>150</sup> *Ivi*, n. 4.9.

<sup>151</sup> Si vedano le acute osservazioni di D. Poletti, *Il danno biologico nella ridefinizione dell’unitario danno non patrimoniale*, cit., pag. 169 e ss.; E. Navarretta, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Foro it.*, I, 2009, c. 139 e ss.; L. Papi, *La liquidazione del danno non patrimoniale e il ruolo del medico legale*, in *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 174 e ss.; A. Marigliano, *Il danno psichico e il danno morale: la “sofferenza non transeunte cagionata dal reato. Considerazioni di uno psichiatra forense*, in *Il punto di approdo del danno non patrimoniale*, cit., pag. 67 e ss., e F.D. Busnelli, *... e venne l’estate di San Martino*, in *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 100. Nel senso della necessità di un accertamento medico al fine di riscontrare la sussistenza di un danno biologico si era espressa anche la Corte cost., 233/03, cit., n. 3.4.

<sup>152</sup> Cass., Sez. Un., 26972/08, cit., *passim*, ad esempio n. 3.13 dove si afferma che “non può farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata «danno esistenziale», perché attraverso questa si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell’atipicità”.

soggettivizzazione assoluta del concetto di “salute”, viene minato nelle sue fondamenta e rischia di crollare<sup>153</sup>. Un autore a questo proposito poco dopo la decisione delle Sezioni Unite ebbe a pronosticare che “ben difficilmente i giudici, pure nelle fattispecie più semplici, si accolleranno l’onere di procedere in prima persona alla valutazione (anche nei necessari termini percentuali) delle menomazioni dell’integrità psico-fisica, senza ricorrere al supporto della consulenza tecnica d’ufficio”<sup>154</sup>. In effetti la previsione sembra essersi verificata, al punto che in una recente decisione - la n. 5437 dell’8 marzo 2011<sup>155</sup> - la Sezione Lavoro della Corte di Cassazione, proprio in un caso di asserito danno psichico, ha riformato la sentenza d’appello che lo aveva accertato e quantificato senza basarsi su alcuna valutazione medico-legale.

### 1.1.2.3. *La tutela della salute in Inghilterra: tra Loss of Amenities e Psychiatric Injury*

In un discorso sulla tutela risarcitoria del diritto alla salute vale la pena fermarsi per un momento sulla soluzione adottata dall’ordinamento inglese perché, pur trattandosi di un sistema dalle origini e dalle dinamiche evolutive antipodiche rispetto alle nostre<sup>156</sup>, si noterà che sul punto si è giunti a risultati sovrapponibili a quelli ottenuti attraverso il nostro danno biologico.

Oltremontana, a differenza che in Italia, “*it has never been questioned that in English law the plaintiff should recover compensation for his injuries*”<sup>157</sup> e il sistema dei *Torts*<sup>158</sup> è sorto per la tutela non solo degli interessi di natura patrimoniale, ma anche della

---

<sup>153</sup> La medesima contraddizione rileva D. Poletti, *La dualità del sistema risarcitorio e la unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, pag. 76, quando ritiene che eliminando la necessità dell’accertamento medico legale per verificare la sussistenza del danno biologico si “rischia di incrinare il nucleo essenziale e peculiare del danno in esame, rappresentato dalla patologicità e di generare nuove sovrapposizioni, per il tramite del richiamo di un concetto generico di benessere, con il danno esistenziale”. *Contra* P. Ziviz, *Un’occasione mancata per le Sezioni Unite*, in *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 549.

<sup>154</sup> L. Papi, *La liquidazione del danno non patrimoniale e il ruolo del medico legale*, cit., pagg. 175-176.

<sup>155</sup> Disponibile in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>156</sup> Sull’evoluzione storica del sistema giuridico britannico cfr. A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, Milano, 1982, pag. 479 e ss., e J.H. Baker, *Introduction to English Legal History*, London, 2002.

<sup>157</sup> A.I. Ogus, *The law of damages*, London, 1973, pag. 194.

<sup>158</sup> Per le differenze strutturali col nostro sistema dell’illecito civile cfr. il successivo § 1.1.3.1.

persona<sup>159</sup>. Basti pensare che già nel 1250 l'ormai diffuso *writ of trespass*<sup>160</sup> - l'equivalente del moderno *tort of trespass*<sup>161</sup> - in via immediata era posto a salvaguardia della *king's peace*, ma in via mediata garantiva protezione non solo ai beni in possesso dell'attore (*trespass to goods* o *trespass to land*), bensì anche all'attore stesso (*trespass to the person*)<sup>162</sup>, il quale peraltro non era sempre costretto a lamentare un danno, potendo in alcuni casi agire per ottenere il solo riconoscimento del proprio diritto<sup>163</sup>. Anche in Inghilterra tuttavia si avvertirono le difficoltà nel procedere dal piano astratto verso quello concreto e ancora nel 1972 *Lord Hailsham* descriveva come un "*intrinsically impossible task*" valutare le *non-pecuniary losses*<sup>164</sup>, ma ciò non arrivò mai a rappresentare un ostacolo tale da impedirne il risarcimento.

A questo proposito fino all'inizio del XX secolo le diverse perdite non patrimoniali in presenza di una *physical injury* erano indistintamente comprese nell'unica voce omnicomprensiva "*pain and suffering*"<sup>165</sup> a cui si aggiunse nel 1935 la "*loss of expectation of life*"<sup>166</sup> e nel 1951 la "*loss of amenities of life*"<sup>167</sup>. Le Corti non sono solite distinguere fra *pain* e *suffering*, ma la dottrina ha individuato la prima come "*the immediately felt effect on the nerves and brain of some lesion or injury to a part of the body*"<sup>168</sup>, mentre la seconda con il "*distress which is not felt as being directly connected with any bodily condition*"<sup>169</sup>. In ogni caso il *pain and suffering*, a seguito

---

<sup>159</sup> Come ha evidenziato G. Comandè, *Le non-pecuniary losses in Common Law*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, pag. 461, "già nel VII secolo d.C. le perdite non pecuniarie (*id est* il p.s.) erano prese in considerazione dall'ordinamento giuridico, prevedendo per ogni singola offesa il risarcimento, spesso in cifra fissa, alla parte lesa (*bot*) e al sovrano (*wite*)".

<sup>160</sup> Cfr. M. Lunney - K. Oliphant, *Tort Law. Text and Materials*, Oxford, 2008, pag. 2 e ss. Per l'evoluzione storica del *writ of trespass* e il suo ruolo nell'aumento delle *actions* si veda A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., pag. 516 e ss.

<sup>161</sup> J.H. Baker, *Introduction to English Legal History*, cit., *passim*. Per C. V. Bar, *The Common European Law of Torts*, I, Oxford, 1998, pag. 282, "*trespass, [...], is probably the oldest of all the torts*".

<sup>162</sup> La sovrapposizioni di queste due funzioni ha indotto G. Williams-B.A. Hepple, *Foundation of the Law of Tort*, London, 1984, pag. 43, a qualificare il *trespass* "*as a civil and criminal proceedings*".

<sup>163</sup> In questo caso il *trespass* si configurava come un *tort per se*, su cui cfr. G. Williams-B.A. Hepple, *Foundation of the Law of Tort*, cit., pag. 57 e ss.

<sup>164</sup> *Cassell v. Broome* [1972] AC, pag. 326 e ss.

<sup>165</sup> Cfr. H. McGregor, *McGregor on Damages*, London, 2009, pag. 1450 e ss., e G. Comandè, *Le non pecuniary losses in Common Law*, cit., pag. 458 e ss.

<sup>166</sup> *Flint v. Lovell* [1935] 1 K.B. 354 CA.

<sup>167</sup> *Manley v. Rugby Portland Cement Co.* [1951] CA No. 286.

<sup>168</sup> Cfr. H. McGregor, *McGregor on Damages*, cit., pag. 1451.

<sup>169</sup> *Ibidem*.

dell'abolizione nel 1982 della *loss of expectation of life*<sup>170</sup>, è di regola riconosciuto unitamente alla *loss of amenities of life*.

Proprio con riferimento a quest'ultima voce di danno si possono rinvenire punti di convergenza rispetto al danno biologico. Infatti anche in Inghilterra si è compiuto un percorso che ha avuto come esito il risarcimento del danno alla salute a prescindere dalle particolari ripercussioni sull'esistenza e sul patrimonio diverse da persona a persona. L'occasione fu propiziata dagli interrogativi posti dall'ipotesi in cui la vittima dell'illecito era caduta in stato di incoscienza a causa dell'illecito. Fino agli anni cinquanta la *loss of amenities of life* non aveva natura sostanzialmente diversa rispetto al *pain and suffering*<sup>171</sup>, nel senso che anch'essa tendeva a compensare più che la lesione, le conseguenze soggettive di natura emotivo - sensoriale (*distress* o *loss of happiness*)<sup>172</sup>, della cui sussistenza si può però dubitare quando il danneggiato è divenuto incosciente. Nel 1964 la *House of Lords*, chiamata a decidere proprio un caso in cui la vittima dell'illecito si trovava in stato vegetativo permanente, rifiutò le argomentazioni del convenuto in base alle quali "*substantial damages are not awarded ... for physical injury simpliciter, but only for pain and suffering and general loss of happiness which it occasions. [...] and where there is little or no consciousness of deprivation there can be little or no damages*"<sup>173</sup>, ritenendo invece che "*if a claimant has lost a leg, the court approaches the matter on the basis that he has suffered a serious physical deprivation no matter what his condition of temperament or state of*

---

<sup>170</sup> Essa aveva la finalità di risarcire il pregiudizio consistente nel periodo che il danneggiato avrebbe vissuto se l'illecito non fosse stato commesso. La *section 1(1)(a)* dell'*Administration of Justice Act* del 1982 l'ha abolita come autonoma voce di danno non patrimoniale, specificando però alla *section 1(1)(b)* che quando l'aspettativa di vita del danneggiato è diminuita a causa dell'illecito "*the Court, in assessing damages in respect of pain and suffering caused by the injuries, shall take account of any suffering caused or likely to be caused to him by awareness that his expectation of life has been reduced*". Come poi si vedrà di seguito ciò significa che essa non troverà ristoro nel caso in cui la vittima è incosciente.

<sup>171</sup> H. McGregor, *McGregor On Damages*, cit., pag. 1453.

<sup>172</sup> In *Marley v. Rugby Portland Cement Co.*, cit., *L.J. Birkett* forniva questi esempi: "*the man made blind by the accident will no longer be able to see the familiar things he has seen in his life; the man who has had both legs removed and will never again go upon his walking excursions*". H. McGregor, *McGregor On Damages*, cit., pag. 1452, riporta i casi di "*loss resulting from interference with the claimant's prospects of marriage, from the break-up of the claimant's marriage or from inability to play with his children; even the loss of enjoyment of the holiday upon which the claimant was embarking or had embarked at the time of the injury*".

<sup>173</sup> *West & Son v. Shephard* [1964] A.C. 326.

*mind may be*<sup>174</sup>, perchè mentre il fatto dell'incoscienza può rilevare in relazione al *pain and suffering*, esso non elimina *"the actuality of the deprivations of the ordinary experiences and amenities of life"*<sup>175</sup>.

Nonostante il fatto che la somma di denaro corrisposta a titolo di risarcimento sia il più delle volte nella disponibilità dei parenti e non del danneggiato abbia indotto la forse più autorevole dottrina in materia di *non-pecuniary losses* a criticare questa soluzione, che si risolverebbe più che in una compensazione di un pregiudizio, in un'eccessiva punizione del danneggiante<sup>176</sup>, il principio nel tempo si è consolidato nel senso che laddove i danni per *pain and suffering* *"depend upon the claimant's personal awarness of pain, her capacity for suffering"*<sup>177</sup>, quelli per *loss of amenities* *"are awarded for the fact of deprivation - a substantial loss, whether the claimant is aware of it or not"*<sup>178</sup>.

Da questo punto di vista sembra evidente la convergenza con il nostro ordinamento circa la tutela della salute in senso oggettivo quale predicato di ogni persona slegato dalle conseguenze economiche o morali che la sua lesione potrebbe comportare<sup>179</sup>.

---

<sup>174</sup> *Ivi*, per L. Pearce.

<sup>175</sup> *Ivi*, per L. Morris.

<sup>176</sup> H. McGregor, *McGregor On Damages*, cit., pag. 1455. Altre critiche, come evidenzia A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, Oxford, 2004, pag. 272 e ss., sono state mosse alla svolta compiuta dalla *House of Lords*, sostanzialmente in disaccordo sulla nuova nozione di *loss of amenities* e favorevoli invece a mantenerne una nozione legata alla sfera meramente emotiva.

<sup>177</sup> Cfr. S. Deakin-A. Johnston-B. Markesinis, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, Oxford, 2008, pag. 1002, che riassumono le parole di L. Scarman in *Lim Pho Choo v. Camden & Islington Area Health Authority* [1980] AC 174.

<sup>178</sup> *Ibidem*.

<sup>179</sup> Nello stesso senso H. Rogers, *Brevi note sulle non-pecuniary losses nel Regno Unito*, in *Danno e resp.*, 2002, pag. 1265 e ss. e A. Nicolussi, *Danno non patrimoniale in Europa*, cit., pag. 66 e ss. Secondo M. Lunney e K. Oliphant, *Tort Law. Text and Materials*, cit., pag. 877 e ss., *"pain and suffering, then, is assessed subjectively: the damages measure the degree of pain actually felt by the claimant (and reflect therefore his or her capacity for suffering). [...] Loss of amenities by contrast is assessed objectively. The sum awarded depends on the degree of deprivation - that is, the extent to which the victim is unable to do those things which but for the injury would have been able to do"*. S. Deakin-A. Johnston-B. Markesinis, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, cit., pag. 1001, individuate due concezioni della *loss of amenities* - *"one is that the man is simply being compensated for the loss of his leg or the impairment of his digestions. The other is that his real loss is not so much his physical injury as the loss of those opportunities to lead a full and normal life which are now denied to him by his physical condition, for the multitude of deprivations and even petty annoyances which he must tolerate"* - affermano tuttavia che anche adottando la prima è necessario che *"all the personal circumstances of the injured individual must be taken into account"*. A ben guardare la somiglianza con la definizione contenuta negli artt. 138 e 139 del D.Lgs. . 209 del 2005 danno biologico - *"la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività*

Alla stessa conclusione sembra portare l'indagine circa l'ipotesi in cui la *personal injury* non abbia causato alcuna menomazione fisica e abbia invece intaccato esclusivamente la salute psichica del danneggiato. Anche a questo proposito l'ordinamento inglese, soprattutto nei casi di *tort of negligence*, ha negli ultimi tempi compiuto dei progressi nel senso di una più ampia tutela. Anzitutto dal punto di vista terminologico va precisato che per molti anni si è utilizzata la locuzione *nervous shock*, ma ultimamente si preferisce parlare di *psychiatric injury*<sup>180</sup>. Il cambio di lessico va di pari passo con l'evoluzione dell'istituto, invero la prima espressione era legata al fatto che tradizionalmente per il risarcimento di questo danno si richiedeva, cercando di sopperire alle difficoltà di accertamento<sup>181</sup>, la presenza di un trauma quale fattore scatenante il pregiudizio, laddove la seconda si attaglia anche a quelle nuove ipotesi nelle quali, sebbene un vero e proprio *shock* manchi, la lesione della salute psichica è comunque risarcita<sup>182</sup>.

Ad ogni modo il *leading case* è rappresentato da *Page v. Smith*<sup>183</sup>, nel quale l'attore era stato coinvolto in un sinistro colpevolmente causato dal convenuto, che tuttavia non gli aveva causato alcun danno fisico, bensì il peggioramento, da transitoria a cronica, della *myalgic encephalomyelitis*. Se la *House of Lord* avesse seguito il proprio orientamento avrebbe dovuto respingere l'istanza risarcitoria, non tanto perché qui si potesse dubitare della sussistenza di un vero e proprio *nervous shock*, quanto perché il requisito della *foreseeability*<sup>184</sup> non era soddisfatto. Inaspettatamente la domanda fu accolta, così offrendo, almeno per quanto riguarda la vittima primaria<sup>185</sup>, una tutela

---

quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito" - non si può negare.

<sup>180</sup> Cfr. H. Rogers, *Winfield and Jolowicz On Tort*, London, 2006, pag. 224 e ss.

<sup>181</sup> *Ivi*, pag. 225, dove si individua nel rischio di "*innacurate diagnosis or incorrect attribution of cause and effect*" uno dei fattori che rendono il risarcimento del danno psichico assai problematico.

<sup>182</sup> *Ivi*, pag. 237, dove si riporta come esempio l'ipotesi di danni psichici causati dall'eccessivo stress, soprattutto nei luoghi di lavoro (*Hatton v. Sutherland* [2002] EWCA Civ. 76). Offre un'ampia casistica M.A. Jones, *Liability for Psychiatric Damage: searching for a Path between Pragmatism and Principle*, in J.W. Neyesr - E. Chamberlain - S.G.A. Petel, *Emerging Issue in Tort Law*, 2007, pag. 121 e ss.

<sup>183</sup> [1996] A.C. 155.

<sup>184</sup> Sulla quale per un primo approccio si veda T. Weir, *An Introduction to Tort Law*, Oxford, 2006, pag. 34 e ss.

<sup>185</sup> Il risarcimento del danno psichico patito dalla vittime secondarie è infatti ancora sottoposto a tutta una serie di requisiti, fra cui quello della *foreseeability* e del *witnessing the scene*. Per la complessa disciplina delle ipotesi in cui a chiedere il risarcimento del *psychiatric harm* è una *secondary victim* cfr. M. Lunney e K. Oliphant, *Tort Law. Text and Materials*, cit., pag. 353 e ss.

della salute psichica libera da particolari modalità di lesione e subordinata esclusivamente all'accertamento da parte del medico<sup>186</sup>.

Se si tiene conto del fatto che nel 1992, per ovviare al rischio di sperequazione, l'Inghilterra ha deciso di affidarsi a delle *Guide Lines* per indirizzare le Corti nella liquidazione del *pain and suffering* e *loss of amenities* causati da una *physical injury*, nonché del *psychiatric damage*<sup>187</sup> e, seppur lasciando meno spazio alla discrezionalità del giudice<sup>188</sup>, una soluzione non troppo diversa si è adottata anche in Italia con le Tabelle dei diversi tribunali<sup>189</sup>, la convergenza tra i due ordinamenti, pur rimanendo le diversità strutturali dell'illecito, almeno dal punto di vista della soluzione finale al problema della tutela della salute sembra evidente.

### 1.1.3. La responsabilità civile strumento di tutela della persona

Sul finire degli anni novanta del secolo scorso proprio l'esperienza del danno biologico suscitò una riflessione circa la necessità di tutelare la persona non soltanto in ordine alla salute, bensì nella sua completezza di soggetto non riducibile alla sola componente biotica. Una volta acquisita tale consapevolezza, il dibattito si spostò

---

<sup>186</sup> Secondo S. Deakin-A. Johnston-B. Markesinis, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, cit., pag. 139, "there is, in principle, a distinction between mere grief and more serious, prolonged psychiatric or psychological condition which may be identified with the help of expert medical testimony". Anche la *Law Commission* No. 249 (1998), 3.1, ha suggerito che "any discussion of the possible future of the law in this area should only be undertaken in the light of current medical knowledge".

<sup>187</sup> Alla prima edizione ne sono seguite altre fino a *Guidelines for the assessment of general damages in personal injury cases*, Oxford, 2002.

<sup>188</sup> Non solo per il fatto che, come evidenziano D.K. Allen-J.T. Hartshorne-R.M. Martin, *Damages in tort*, London, 2002, pag. 246, "the guidelines, thought extremely helpful, are not, as the Judicial Studies Board has stressed, designed to do more than provide an indication of appropriate guidelines, and recourse must still be had to the primary sources", affermazione che in astratto potrebbe valere anche per il nostro ordinamento (cfr. Cass., Sez. Un., 26972/08, cit., n. 4.8, "qualora si avvalga delle note tabelle", legittimando la possibilità di non farlo), ma soprattutto per la loro struttura che non si basa sul punto di invalidità come nel nostro ordinamento, ma indica invece una cornice edittale offrendo poi al giudice criteri per liquidare il danno del caso concreto. Ad esempio per una *Head Injuries* che abbia causato una *Brain Damage* la somma oscilla fra £ 145.000 e £ 205.000 e "the level of award within the bracket will be affected by: (i) the degree of insight; (ii) life expectancy; (iii) the extent of physical limitations. The top of the bracket will be appropriate only where there is significant effect on the senses and severe physical limitation". In Italia un *modus operandi* simile è previsto per il danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale, ma i criteri per arrivare alla somma da liquidare nel caso concreto sono di natura giurisprudenziale.

<sup>189</sup> Proprio l'esigenza di uniformazione del risarcimento del danno non patrimoniale su tutto il territorio nazionale ha indotto Cass. Civ., Sez. III, n. 12408 del 7 giugno 2011, disponibile in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), a indicare le Tabelle predisposte dal Tribunale di Milano quale parametro da applicare in ogni ufficio giudiziario.

quasi immediatamente sul piano della identificazione degli ulteriori attributi di cui la persona è portatrice, nonché sulle modalità attraverso cui offrirvi tutela nella vigenza di una normativa che, al di fuori delle ipotesi di lesione del diritto alla salute, si mostrava ancora fortemente limitativa.

Il percorso del danno biologico divenne l'archetipo cui guardare per sopperire a questa lacuna, ma tale funzione si limitò al profilo della modalità attraverso cui garantire tutela alla persona nella sua completezza, perché rispetto alla selezione degli interessi cui offrire protezione, nulla poteva dire. Invero quando a tema vi è un danno biologico, dato che necessariamente questo trova la sua origine in una lesione della salute, individuato l'art. 32 Cost. quale "norma generale" in grado di soddisfare il rinvio contenuto nell'art. 2059 c.c., la questione è pressoché risolta<sup>190</sup>. Diversamente nel momento in cui a venire in considerazione è un danno non patrimoniale altro da quello biologico - *rectius* un danno morale - dato che esso può scaturire dalla lesione di molteplici interessi, si pone il problema dell'individuazione di quale sia stato offeso nel caso di specie e della sua rilevanza ex art. 2059 c.c. In altre parole, mentre per il danno biologico un problema di tipicità delle ipotesi di suo risarcimento non si pone, in tutti gli altri casi di pregiudizio non patrimoniale, quando non sussista il reato o un'espressa previsione di legge, essa è determinante.

#### 1.1.3.1. *Danno non biologico, la formula omnibus del «danno esistenziale» e spunti dal Common Law*

Ad una parte della dottrina va riconosciuto il merito di aver fatto emergere in maniera efficace che "non di sola salute vive l'uomo"<sup>191</sup>, mostrando le innumerevoli e disparate conseguenze di natura non necessariamente transitoria che dalla

---

<sup>190</sup> E. Navarretta, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extracontrattuale*, in *Il danno non patrimoniale*, cit., pagg. 12-13, parla di "crisi concettuale, nel senso che il danno biologico immancabilmente e per definizione discende dalla lesione del diritto inviolabile alla salute con la conseguenza che l'estensione ad esso dell'abbraccio costituzionale risultava del tutto innocua. Ben altro effetto, viceversa, produce il tentativo di traslare il piano assiologico della Costituzione sul danno esistenziale (o sul danno morale) che possono discendere dall'offesa a qualsivoglia interesse: essi finirebbero per operare come una sorta di «conduttori di costituzionalità» rispetto a diritti che nulla hanno a che fare con la Costituzione e di cui amplirebbero ingiustificatamente la tutela".

<sup>191</sup> Come noto si tratta del titolo di un famoso scritto, pubblicato sulla *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, pag. 567 e ss. in cui P. Cendon metteva in luce la necessità di offrire una tutela risarcitoria della persona non limitata al pregiudizio biologico.



menomazione della salute potrebbero derivare. Proprio l'accentuazione della capacità dell'illecito di condizionare fortemente e per sempre l'esistenza del danneggiato nelle sue più svariate forme<sup>192</sup> sta alla base della formula *omnibus* del «danno esistenziale», il quale, legato inizialmente alla presenza di un danno biologico, a poco a poco è venuto ad emanciparsi dalla lesione della salute per essere proposto come figura autonomamente risarcibile<sup>193</sup> perché “corrispondente alla compromissione della sfera di realizzazione della persona”<sup>194</sup>. Il tentativo, in altre parole, è sembrato quello di cercare di legittimare la nuova categoria aggirando il *contra jus* rafforzato dell'art. 2059 c.c. riferendosi all'art. 2043 c.c.<sup>195</sup> e, di converso, facendo leva su di una lettura indifferenziata della clausola di ingiustizia, accentuare il profilo delle conseguenze che la condotta *non iure* potrebbe cagionare<sup>196</sup>.

---

<sup>192</sup> Il fulcro di alcuni contributi di P. Cendon è rappresentato da un'elencazione ragionata di tutti i disagi che in virtù della limitazione contenuta nell'art. 2059 c.c. non possono, pur meritandolo secondo l'a., trovare ristoro. Si vedano oltre al saggio citato alla nota precedente anche *Id.*, *Voci del verbo fare*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, pag. 1267 e ss., *Id.*, *L'urlo e la furia*, in *NGCC*, 2009, pag. 71 e ss.; *Id.*, *Il corpo, l'esistenza, il dolore*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, pag. 218 e ss.

<sup>193</sup> P. Cendon, *Non di sola salute vive l'uomo*, cit., pag. 570, “affinché il tema emergesse nella sua vera portata, sarebbe occorso aspettare (diciamo così) il ritorno del pendolo; uscendo dall'area pura e semplice del danno alla salute. Non tanto cioè il percorso all'in giù nella catena eziologica - da una certa menomazione psico-fisica all'esame dei suoi vari effetti terreni, pagani. Il tragitto inverso semmai: muovere da determinate ripercussioni sfavorevoli, di tipo né patrimoniale né autenticamente sofferenziale, per risalire, cercandone l'origine, ad una serie di torti anche incruenti, asomatici; danni né *corpore*, né *corpori dati*”.

<sup>194</sup> Cfr. P. Cendon-P. Ziviz (a cura di), *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000, pag. 44. La figura ha visto i suoi albori a cavallo tra gli anni ottanta e novanta del secolo scorso, prima attraverso le rassegne giurisprudenziali curate da P. Cendon e P. Ziviz pubblicate di volta in volta sulla *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, e poi con saggi *ad hoc*, come P. Ziviz, *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, II, Milano, 1994, pag. 1299 e ss., successivamente numerosi sono stati i contributi anche di altri autori volti a fornire argomenti a sostegno della nuova figura. Si veda *ex multis* G. Cassano, *In tema di danno esistenziale: brevi puntualizzazioni*, in *Giur. mer.*, 2001, pagg. 1048 e ss.; D. Chindemi, *Il danno esistenziale “esiste”*, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, pagg. 1455 e ss.; G. Christandl, *La risarcibilità del danno esistenziale*, Milano, 2007.

<sup>195</sup> P. Cendon-P. Ziviz, *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, cit., pag. 47 e ss. Secondo E. Navarretta, *Danni non patrimoniali: il compimento della drittwirkung e il declino delle antinomie*, in *NGCC*, 2010, II, pag. 82, rileva che di fatto l'obiettivo degli ideatori del danno esistenziale è quello di “applicare ai danni non patrimoniali la regola dell'ingiustizia del danno, conferendo all'art. 2059 cod. civ. un contenuto identico all'art. 2043 cod. civ., così abrogando in via ermeneutica lo stesso art. 2059 cod. civ.”.

<sup>196</sup> P. Cendon-P. Ziviz, *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, cit., pag. 25 e ss, dove si rinviene la proposta di guardare all'art. 2043 c.c. quale norma deputata al ristoro del danno esistenziale relegando, sulla falsariga di Corte cost., 184/86, cit., l'art. 2059 c.c. a disposizione relativa al solo danno morale, specificando poi che “nel momento in cui l'illecito viene a compromettere l'esplicazione persona della vittima, emerge [...] la necessità di salvaguardare tale dimensione a fronte della modificazione peggiorativa indotta dalla lesione” (pag. 44). In maniera ancora più esplicita P. Ziviz, *Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c.*, cit., pagg. 1041 e ss., per la quale “quale che sia l'interesse colpito in

A ben guardare tale modello trova un precedente significativo nella moderna disciplina dei *Torts*, che, pur conoscendo la distinzione<sup>197</sup>, si è tradizionalmente concentrata anzitutto sull'*iniuria* più che sul *damnum*<sup>198</sup> e ciò, anche in virtù della dinamica storica attraverso cui le diverse azioni sono state a mano a mano riconosciute<sup>199</sup>, ha evitato che si ponesse in un'ottica generale il problema di selezionare *expressis verbis* gli interessi cui offrire tutela<sup>200</sup>.

L'epifenomeno di questa dinamica è costituito dall'illecito che oggi viene in considerazione nella maggior parte dei casi, il *Tort of Negligence*, che già nel 1932 veniva riassunto con queste parole da *Lord Atkin*: "*you must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour*"<sup>201</sup>. Fattori costitutivi per il sorgere dell'obbligazione risarcitoria sono

---

prima battuta, ad essere violati - in presenza di un danno non patrimoniale - saranno sempre i valori della persona, la quale appare coinvolta nella sua dimensione spirituale (danni morali) o nelle sue estrinsecazioni quotidiane (danni biologici ed esistenziali)" (pag. 1048). Più di recente *Id.*, *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*, Milano, 2011, pag. 363 e ss.

<sup>197</sup> Come rileva C. Castronovo, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, pag. 795, "fin da *Ashby v. White* (1703) l'ordinamento inglese conosce la distinzione fra *damnum* e *iniuria*; e in *Crofter Hand Woven Harris Co. v. Veitch* (1942) A.C. 435 si legge (442): la distinzione "between «*damage*» and «*injury*», following the stricter distinction derived from the civil law ... So used, «*injury*» is limited to actionable wrong, while «*damage*», in contrast with *injury*, means loss or harm occurring in fact, whether actionable as an *injury* or not".

<sup>198</sup> In questo senso cfr. S. Deakin-A. Johnston-B. Markesinis, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, cit., pag. 940, citato anche da A. Nicolussi, *Danno non patrimoniale in Europa*, cit., pag. 60.

<sup>199</sup> Anche per i *Torts* le diverse azioni nascevano di volta in volta che il rispettivo *writ* permetteva di ottenere giustizia davanti alle Corti regie. Come si è visto già nel XIII secolo era possibile azionare il *writ of trespass*, il quale tuttavia, come sottolineano M. Lunney e K. Oliphant, *Tort Law. Text and Materials*, cit., pag. 2, "was a *writ of wrong* rather than a *writ of right*; it complained of a wrong rather than demanded the reinstatement of a right" e per la configurazione del quale C. V. Bar., *The Common European Law of Torts*, cit., pag. 282, "negligence suffices". Sulla evoluzione del sistema giudiziario britannico con specifico riferimento ai *Torts*, si veda G. Williams-B.A. Hepple, *Foundation of the Law of Tort*, cit., pag. 31 e ss.

<sup>200</sup> Secondo S. Banakas, *European Tort Law in the new millennium: reflections on Dover beach*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, Milano, 2008, pag. 411, "the Common law attitude to non-premeditated financial harm, [...], is better explained as the product of a design of tortious liability based on significance of the kind of injury caused, rather than the quality of interest involved". Caso a parte sono i *Torts per se* finalizzati proprio al riconoscimento del diritto e non tanto al risarcimento del danno, che poteva anche mancare (cfr. S. Banakas, *European Tort Law in the new millennium*, cit., pag. 411 e più in generale G. Williams-B.A. Hepple, *Foundation of the Law of Tort*, cit., pag. 57 e ss.) Si tratta però di ipotesi peculiari di *Nominate Torts*, che comunque non sono state in grado di porre la questione di una selezione a livello generale degli interessi meritevoli di tutela. K. Carr, *Il "danno esistenziale" e il Common Law*, in G. Ponzanelli (a cura di), *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, Padova, 2007, pag. 263, afferma che "il fulcro del diritto della responsabilità civile nel Regno Unito è più incentrato sul *duty of care* e la prevedibilità della lesione che sui reali diritti della vittima".

<sup>201</sup> *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC, pag. 562 e ss. citato anche da T. Weir, *An Introduction to Tort Law*, cit., pag. 29, nella parte in cui si occupa proprio del *tort of negligence*. Secondo J.H. Baker, *Introduction*

quindi: “*duty, breach, causation and damage*”<sup>202</sup>, elenco in cui non vi è alcuna traccia circa una diretta individuazione dell’interesse meritevole di tutela<sup>203</sup>. L’elemento portante è il *duty of care*, ragion per cui una volta appurata che la condotta non si presenta ad esso conforme sorge la responsabilità e il dovere di risarcire il danno.

Tuttavia affermare in senso assoluto che il *defendant* è chiamato a risarcire tutti i *damages* subiti dal *plaintiff* suonerebbe come una forzatura. Il *Common Law* infatti, nonostante viga il principio della *full compensation*<sup>204</sup>, prevede una serie di limitazioni ai danni risarcibili non solo di carattere strutturale, come la *causation*<sup>205</sup>, ma anche di natura contenutistica. Ad esempio il *mental distress* - che secondo un’autrice include “*not only distress, suffering and grief, but also [...] injury to pride, feelings and*

---

*to English Legal History*, cit., addirittura “*the negligence approach of the modern law determines liability by focusing on the quality of the defendant’s act rather than on the kind of harm done to the plaintiff*”. Per un’indagine circa l’evoluzione della figura nell’ordinamento inglese cfr. D. Ibbestone, *The tort of negligence in the Common Law in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, in E. Schrage (ed.), *Negligence: The comparative Legal History of the Law of Torts*, Berlin, 2001, pag. 229 e ss.

<sup>202</sup> S. Deakin-A. Johnston-B. Markesinis, *Markesinis and Deakin’s Tort Law*, cit., pag. 114.

<sup>203</sup> Per S. Deakin-A. Johnston-B. Markesinis, *Markesinis and Deakin’s Tort Law*, cit., pag. 117, “*the issue of duty is thus essentially concerned with whether the law recognizes in principle the possibility of liability in a given type of situation. [...] the law may nevertheless not acknowledge the existence of a ‘duty situation’, thereby refusing to impose liability*”. Non sussistendo sempre e comunque un *duty of care* è evidente che alcune situazioni saranno prive di tutela, ma la selezione, a differenza che nel nostro ordinamento, è di natura indiretta e vista l’ampiezza del *Tort of Negligence* meno stringente. Proprio in ragione di ciò C. V. Bar - U. Drobnig, *Study on Property Law and Non-contractual Liability Law as they relate to Contract Law*, disponibile su [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu), pag. 52 e ss., suddividono gli ordinamenti europei in due gruppi: un primo, di un esempio è il *Common Law*, dove ci si affida ai principi generali (*system relying on broad principles*) ed un secondo, incarnato dal sistema tedesco, dove invece l’ordinamento seleziona gli interessi cui intende offrire tutela (*system relying on a list of protected interest*). Sottolinea tale peculiarità dell’ordinamento inglese anche G. Villa, *Il tort of negligence nel sistema inglese dei fatti illeciti*, in *Contr. e impr.*, 2011, pag. 264, “nonostante la rigida impostazione ora descritta, il diritto dei *torts* ha subito, nel corso del tempo, notevoli mutamenti a causa della progressiva affermazione del *tort of negligence*. Questo *tort*, diversamente dai citati *nominated torts*, non è posto a tutela di un interesse specifico, ma costituisce, piuttosto, l’espressione di un principio generale di responsabilità per colpa. In virtù di questo illecito, dunque, la responsabilità extracontrattuale non cade più solo su coloro che abbiano leso diritti attinenti ad uno specifico bene o categoria di beni, ma può essere ascritta a tutti coloro che, avendo il dovere di agire con diligenza verso qualcuno, gli abbiano cagionato un danno”. T. Weir, *An Introduction to Tort Law*, cit., pag. 30 e ss., si occupa però di rilevare come l’introduzione dell’*Human Right Act* del 1998 abbia almeno in parte introdotto anche nell’ordinamento inglese il problema del *right* leso dall’illecito, così diminuendo l’enfasi sul *duty of care*.

<sup>204</sup> *Ivi*, pag. 951, “*tort law seeks to put the victim in the position he was before the tort*”. Si tratta di un principio fondante della responsabilità civile nel Regno Unito, come già nel 1880 Lord Blackburn ebbe a precisare in *Livingstone v. Rawyards Coal Co.* (1880) 5 App. Cas. 25.

<sup>205</sup> Cfr. T. Weir, *An Introduction to Tort Law*, cit., pag. 71 e ss., il quale all’inizio dell’indagine sul requisito della *causation* esordisce affermando che “*you cannot claim damages from a defendant in tort unless he is responsible for the loss in question, and he is not responsible unless he (or someone for whom he must answer) can be said to have been a cause of the loss*”.

*diminution in self-esteem and self-respect*<sup>206</sup> e in questo senso potrebbe forse essere paragonato al danno esistenziale<sup>207</sup> - “*is not by itself sufficient damage to ground an action*”<sup>208</sup>, ma viene riconosciuto invece solo quando “(a) [...] *is consequential on physical injury resulting from a tort, and (b) generally in addition to ordinary compensation for torts committed intentionally and/or actionable per se*”<sup>209</sup>. Si tratta evidentemente della maggior parte dei casi, ma resta il fatto che sussistono delle ipotesi, pur residuali, in cui esso non trova riscontro<sup>210</sup>.

Ora, il fatto che anche in un sistema antitetico al nostro come quello di *Common Law* non si sia giunti ad una indifferenziata tutela risarcitoria dei danni non patrimoniali<sup>211</sup> rinforza i dubbi e le riserve già manifestate nei confronti della figura del danno esistenziale da una parte della dottrina, alla quale sembrò che la necessità di garantire tutela alla persona nella sua interezza potesse trovare soddisfazione anche senza eliminare il danno *contra ius* dagli elementi costitutivi della responsabilità e proprio perciò si fece carico di proporre una diversa costruzione dogmatica in sintonia con le peculiarità del nostro ordinamento.

#### 1.1.3.2. Una proposta alternativa: guardare alla Costituzione

Sarebbe tuttavia riduttivo affermare che le obiezioni al danno esistenziale si limitavano alla denuncia di un'incompatibilità strutturale rispetto a quanto stabilito dal

---

<sup>206</sup> P. Giliker, *A 'new' head of damages: damages for mental distress in the English law of torts*, in *Legal Studies*, 2000, pag. 19.

<sup>207</sup> A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, cit., pag. 323, ritiene che esso debba essere inteso “*as a residual head for distress not falling with any of the other heads*”, mentre per A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, cit., pag. 323, riguarda “*disappointment, worry, anxiety, fear, upset and annoyance*”.

<sup>208</sup> H. McGregor, *McGregor On Damages*, cit., pag. 60.

<sup>209</sup> P. Giliker, *A 'new' head of damages: damages for mental distress in the English law of torts*, cit., pag. 39.

<sup>210</sup> A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, cit., pag. 337 e alla nota 6, riporta un elenco di casi, tra cui quello delle speranze deluse di una madre relativamente alla morte del neonato causata dall'imperizia del medico (*Kerby v. Redbridge Health Authority* [1994] PIQR Q1) e della claustrofobia e paura sofferta a causa del blocco di un ascensore durato più di un'ora (*Reilly and Reilly v. Merseyside Regional Health Authority* [1995] 6 Med LR 246).

<sup>211</sup> Secondo A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, cit., pag. 336, nonostante le numerose ipotesi un cui è risarcito “*do not mean that damages for mental distress are now always recoverable in tort*”. Anche nel Regno Unito vi è chi si è prodigato affinché ogni limite venga meno, ad esempio P. Giliker, *A 'new' head of damages: damages for mental distress in the English law of torts*, cit., afferma laconicamente che “*while, in a perfect world, all loss would be compensated under the principle of full compensation, the English law of torts accepts that lines must be drawn*”.

nostro codice civile in tema di pregiudizi non patrimoniali e soprattutto all'art. 2059 c.c.<sup>212</sup>, così dipingendo gli oppositori del danno esistenziale come gli strenui difensori della legge non disposti a raccogliere le nuove sollecitazioni poste dalla realtà. Invero ciò che veniva anzitutto messo in discussione era il profilo ontologico della figura che rifiutava di fatto ogni criterio di fondazione, e quindi di definizione, in ragione di specifici profili lesivi della persona aventi rilevanza costituzionale<sup>213</sup>. Al contrario la proposta alternativa prendeva le mosse proprio dalla Carta fondamentale e, ritenendola in grado di offrire tutela alla persona nella sua interezza, prospettava un'interpretazione del sistema della responsabilità civile ad essa improntata<sup>214</sup>.

A ben guardare lo spunto iniziale non era del tutto inedito, perché già nel 1957 R. Scognamiglio aveva proposto una lettura degli artt. 2043 e ss. c.c. in grado di offrire protezione ai diritti della personalità riconosciuti nel nostro ordinamento<sup>215</sup>. La novità, oltre all'esplicito riferimento alla Costituzione, consistette più che altro nella diversa costruzione dogmatica attraverso cui offrire tutela a queste prerogative. La tesi di Scognamiglio era<sup>216</sup>, ed è<sup>217</sup>, quella di relegare l'art. 2059 c.c. a norma deputata alla

---

<sup>212</sup> Per la verità a non intendere l'ingiustizia del danno ex art. 2043 c.c. come «clausola generale», in alcuni casi già questa norma sarebbe di per sé in grado di sbarrare la strada al risarcimento del danno esistenziale. La giurisprudenza e una parte della dottrina ritengono però che essa configuri un sistema del risarcimento del danno improntato all'atipicità (cfr. le stesse S.U., 26972/08, cit., n. 2.8) e perciò diventa necessario riferirsi all'art. 2059 c.c., inoppugnabilmente nel senso della tipicità delle ipotesi di risarcimento non patrimoniale.

<sup>213</sup> Cfr. fra gli altri E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., pag. 140, per la quale il danno esistenziale dimostrava "una capacità diffusiva che sembra trascendere sia la fonte costituzionale sia gli stessi diritti della personalità".

<sup>214</sup> Sono giunti a questo esito, benché divergendo su alcuni profili di non secondaria importanza (ad esempio la qualificazione della clausola di ingiustizia dell'art. 2043 c.c. e la natura patrimoniale del danno alla salute): E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., pag. 320 e ss., e C. Castronovo, *Danno biologico*, cit., pag. 231 e ss.

<sup>215</sup> R. Scognamiglio, *Il danno morale*, cit., pag. 297 e ss., "di fronte alla crescente considerazione di tali beni alla stregua del diritto, sorge il legittimo dubbio che se ne possa e debba tenere conto anche ai fini della responsabilità civile; che insomma il danno a quei beni inferto debba considerarsi in sé e per sé risarcibile, e non solo per le conseguenze patrimoniali più evidenti, finora soltanto rilevate (e che potrebbero nella specie mancare)" (pag. 298).

<sup>216</sup> *Ivi*, pag. 309 e ss., "se accanto al danno patrimoniale è possibile, e necessario, ormai tener conto di quello personale, rimane definitivamente superata la distinzione, che è già stata criticata, tra danno patrimoniale e no: alla quale, per venire al punto che ci interessa, deve sostituirsi l'altra tra danno giuridicamente rilevante (patrimoniale e personale), come tale in ogni caso risarcibile (salvo il limite della possibilità pratica dell'accertamento); e danno morali (ed in questo senso non patrimoniali), che sono per il nostro diritto soltanto eccezionalmente rilevanti" (pag. 312). La tesi è stata riproposta con dovizia di argomenti anche da A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica «bipolare» alla teoria generale e «monocentrica» della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003,

tutela dei soli danni morali, laddove per tutti gli altri pregiudizi - patrimoniali o non patrimoniali - si dovrebbe guardare all'art. 2043 c.c. Dopo Corte cost. 372/94 l'art. 2059 c.c. aveva però riacquisito la dignità di norma di riferimento per tutti i danni diversi da quelli economici e ciò permise alla nuova dottrina di prendere spunto dal percorso compiuto in relazione danno biologico: evidenziato che esso "si manifesta [...] come aspetto di una tutela complessa che investe per intero la persona sin dall'art. 2 Cost. e che dell'impianto personalistico in tale norma radicato ha trovato storicamente nell'art. 32 Cost. l'aspetto più consueto"<sup>218</sup>, si indicava l'art. 2059 c.c. quale norma di disciplina "in grado di risolvere il danno alla salute nel danno alla persona"<sup>219</sup>.

### 1.1.3.3. *L'approdo ai diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione*

---

pag. 9 e ss.; *Id.*, *Ingiustizia, patrimonialità, non patrimonialità nella teoria del danno risarcibile*, *ivi*, pag. 219 e ss.

<sup>217</sup> R. Scognamiglio, *Il danno a beni-interessi della persona e il danno morale mezzo secolo dopo*, cit., pag. 466 e ss., "si deve convenire che i danni recati a beni-interessi della persona, riconosciuti da norme di legge ordinarie, siano ingiusti e come tali risarcibili ai sensi dell'art. 2043, alla stregua dell'indirizzo consolidato del Supremo Collegio, che riferisce il connotato di «ingiusto» alla lesione di interessi giuridicamente rilevanti, quale che ne sia la qualificazione formale. [...] L'opinione delle Sezioni Unite - che ritengono di fondare sull'interpretazione della norma controversa la bipolarità della tutela risarcitoria, riguardo al danno patrimoniale di cui all'art. 2043 cit. e al danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 - mostra di non tener conto del disposto dell'art. 2043 che, per il suo contenuto generale, copre ogni forma di danno e non soltanto quella patrimoniale" (pag. 473).

<sup>218</sup> C. Castronovo, *Danno biologico*, cit., pag. 237.

<sup>219</sup> *Ivi*, pag. 238. Non diversamente E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., pag. 378, "il dato costituzionale dell'art. 2 e la norma codicistica dell'art. 2059 c.c. non si limitano a suffragare la funzione solidaristico-satisfattiva, ma forniscono - attraverso tale funzione - le direttive essenziali per ricostruire la stessa regola di risarcibilità". Una tale soluzione, seppur in ottica "sperimentale", aveva già proposto G.B. Ferri, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1984, pag. 137 e ss., "orbene ciò che nella legge è effettivamente *determinato*, e cioè i principi e le regole più ampie che governano il sistema, può risultare da una interpretazione *razionale* (più che analogica) della regola espressa (Quadri, ma spunti anche in Larenz) che da questa consenta di risalire e ricostruire la regola inespressa. Tale interpretazione razionale (tra cui gli artt. 7, 9, 10, c.c., 589 c.p., 89 c.p.c.) potrebbe consentire di mettere in luce come la previsione di tali norme, altro non è che la manifestazione (sia pure occasionalmente formulata con riferimento ad ipotesi specifiche) di quel generale principio di tutela della persona umana, solennemente affermato negli artt. 2 e 3 Cost. (legge, questa, fondamentale e superiore, per altro, successiva all'entrata in vigore dei codici). In base all'interpretazione *razionale*, gli articoli citati, ricollegati alla successive norme della Costituzione potrebbero essere dunque intesi come espressione di una più generale tutela della persona che, attualmente (con l'entrata cioè in vigore della carta costituzionale) non avrebbe più senso (come forse poteva avere nel differente regime costituzionale in cui si realizzarono le riforme dei codici) circoscrivere soltanto a pochi e spauriti aspetti della personalità umana, una volta che, dell'unitarietà di questa, si siano affermati, come centrali per l'intero sistema giuridico, il valore e la portata" (pagg. 155-156, corsivi nel testo).

La Corte di Cassazione prese posizione rispetto ai percorsi tratteggiati in due famose decisioni del maggio del 2003<sup>220</sup>, con le quali, ribadita l'idoneità dell'art. 2059 c.c. a disciplinare tutte le ipotesi in cui il pregiudizio non sia suscettibile di valutazione economica<sup>221</sup>, precisò che il rinvio alla legge in esso contenuto "ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alla previsione della legge fondamentale, atteso che il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica 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"<sup>222</sup>.

In questo modo veniva definitivamente riconosciuto alla Carta fondamentale non solo una funzione promozionale di carattere pubblicistico dei diritti inviolabili della persona, ma anche la capacità di garantirne, attraverso la responsabilità civile, una tutela risarcitoria di natura privatistica quando la lesione vi è già stata<sup>223</sup>. In altri termini grazie a questo passaggio la teorica affermazione sulla loro natura deontica, che li portava ad essere concepiti non più solo come «diritti da», ma anche «diritti di»<sup>224</sup>, trovava effettiva concretizzazione.

---

<sup>220</sup> Cass. Civ. Sez. III, nn. 8827 e 8828 del 31 maggio 2003, in *Danno e resp.*, 2003, pag. 816 e ss., con note di F. D. Busnelli, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*; G. Ponzanelli, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*, e A. Procida Mirabelli di Lauro, *L'art. 2059 va in paradiso*; in *Resp. civ. e prev.*, 2003, pag. 675 e ss., con nota di P. Cendon, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass. 8828/2003*; E. Bargelli, *Danno non patrimoniale ed interpretazione orientata dell'art. 2059 c.c.*, e P. Ziviz, *E poi non rimase nessuno*.

<sup>221</sup> Cass. 8827/03, cit., n. 4.3.

<sup>222</sup> *Ivi*, n. 3.1.5.

<sup>223</sup> E. Navarretta, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extracontrattuale*, cit., pag. 7 e ss., riconduce il fenomeno alla *Drittwirkung* di origini tedesche. E. Lamarque, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, cit., pag. 280, sottolinea però che non si tratterebbe solo di questo, perché "il meccanismo giurisprudenziale che dà ingresso alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale da lesione dei diritti costituzionali [...] non mira esclusivamente ad assicurare l'applicazione dei diritti fondamentali in senso orizzontale, nei rapporti interprivati. Esso aspira piuttosto a configurarsi come strumento generale di tutela dei diritti fondamentali perché trova concreta applicazione anche - e indifferentemente - in senso verticale, al fine di ovviare agli abusi o all'insufficiente tutela da parte dei pubblici poteri".

<sup>224</sup> Cfr. A. Barbera, *Commento all'art. 2 della Costituzione*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna - Roma, 1975, pag. 71, "a difesa della libertà non possono non concorrere sia garanzie di difesa di interessi individuali, sotto forma di pretese «attribuibili ai singoli», sia strumenti di partecipazione di singoli e di gruppi, sia interventi positivi dello Stato e degli altri enti pubblici. Ma tali «pretese» ed omissioni se sono indispensabili per la realizzazione delle libertà, non possono esaurirne l'ambito: la libertà «è qualcosa di più che la difesa dei diritti contro il potere; implica anche la possibilità di sviluppare in pieno le potenzialità dell'uomo»".

Senonché nella parte conclusiva il Collegio, traendo le fila di tali premesse, ascrisse alla categoria del danno non patrimoniale risarcibile, oltre al danno biologico “in senso stretto”<sup>225</sup> e al danno morale soggettivo “come tradizionalmente inteso”<sup>226</sup>, anche “i pregiudizi diversi ed ulteriori, purchè costituenti conseguenza della lesione di un interesse costituzionalmente protetto”<sup>227</sup>. Proprio tale ultimo generico riferimento, sommato al fatto che la Corte costituzionale in un *arrêté* dello stesso anno, riproponendo la medesima tripartizione, rammentò che nell’ultima ipotesi il danno veniva “spesso definito in dottrina e in giurisprudenza come esistenziale”<sup>228</sup>, sta forse alla base delle oscillazioni giurisprudenziali che seguirono a tali decisioni. In seno alla stessa Cassazione infatti sia le pronunce che riconoscevano, non dal punto di vista meramente nominale, quanto piuttosto come categoria autonoma di pregiudizio, il danno esistenziale, sia quelle che lo negavano dicevano di trovare fondamento proprio nelle sentenze gemelle appena accennate<sup>229</sup>.

Tali divergenze indussero la III sezione della Cassazione<sup>230</sup> ad investire le Sezioni Unite, le quali hanno precisato, per quel che qui consta e in via provvisoriamente sommaria, che nel caso di responsabilità aquiliana, quando non si versa in un’ipotesi in cui la condotta lesiva integra una fattispecie di reato e nemmeno vi è un’espressa previsione di legge, il danno non patrimoniale può essere risarcito solo ove sia

---

<sup>225</sup> Cass. 8827/03, cit., n. 4.8.

<sup>226</sup> *Ibidem*.

<sup>227</sup> *Ibidem*.

<sup>228</sup> Corte cost., n. 233 dell’11 luglio 2003, n. 3.4, in *Giur. Cost.*, pag. 1981 e ss., con nota di G.B. Ferri, *Le temps retrouvé dell’art. 2059 c.c.*; in *Resp. civ. e prev.*, 2003, pag. 1036 e ss., con nota di P. Ziviz, *Il nuovo volto dell’art. 2059 c.c.*; in *Danno e responsabilità*, 2003, pag. 939 e ss., con note di M. Bona, *Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte costituzionale apre (verso il “nuovo”art. 2059 c.c.)*; G. Cricenti, *Una diversa lettura dell’art. 2059 c.c.*, G. Ponzanelli, *La Corte costituzionale si allinea con la Corte di Cassazione*; A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 233/03*, e O. Troiano, *L’irresistibile ascesa del danno non patrimoniale*.

<sup>229</sup> Nel primo senso, *ex multis*, Cass. Civ., Sez. I, n. 17110 del 23 agosto 2005, in CED Cassazione 2005; Cass. Civ., Sez. I, n. 19354 del 4 ottobre 2005, in *Fam. e dir.*, 2006, pag. 167 e ss., con nota A. Negro; Cass. Sez. Un., n. 6572 del 24 marzo 2006, in *Foro. it.*, 2006, I, c. 2334 e ss., con nota di P. Cendon; Cass. Civ., Sez. III, n. 13546 del 12 giugno 2006, in *NGCC*, 2007, pag. 133 e ss., con nota di D. Chindemi; Cass. Civ., Sez. III, n. 2311 del 2 febbraio 2007, in *Danno e resp.*, 2007, pagg. 589 e ss. Nel secondo, fra le altre, Cass. Civ., Sez. III, n. 15022 del 15 luglio 2005, in *Foro. it.*, 2006, I, c. 1344 e ss.; Cass. Civ., Sez. III, n. 23918 del 9 novembre 2006, in *Danno e resp.*, 2007, pag. 310 e ss., con nota di G. Ponzanelli; Cass. Civ., Sez. III, n. 9510 del 20 aprile 2007, in *NGCC*, 2007, pag. 1350 e ss. con nota C. Sganga.

<sup>230</sup> Cass., Civ. Sez. III, ord. n. 4712 del 25 febbraio 2008, reperibile in *Corr. giur.*, 2008, pag. 621 e ss., con nota di M. Franzoni.



accertata “la lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione”<sup>231</sup>.

## 1.2. LA CATEGORIA DEI DIRITTI INVIOLABILI: UNA MASCHERATA ATIPICITÀ?

Una soluzione di tal fatta ha il pregio di eliminare la già accennata ambiguità presente nelle sentenze del 2003, ove la Cassazione, in un primo momento aveva anche essa utilizzato il parametro dei diritti inviolabili<sup>232</sup>, ma concludendo si era invece riferita ben più genericamente alla “lesione di un interesse costituzionalmente protetto”<sup>233</sup>. La differenza non è di poco conto, nemmeno ove queste ultime parole vengano intese quale perifrasi del sintagma «diritti fondamentali», infatti mentre tale locuzione “esprime la sottrazione del diritto non solo alla disponibilità del legislatore ordinario, ma anche del potere di revisione costituzionale”<sup>234</sup>, i diritti inviolabili in senso forte sono soltanto quelli “coperti da una specifica garanzia costituzionale di contenuto, non anche i diritti assistiti soltanto da una «garanzia di istituto», per i quali la Costituzione lascia al legislatore ordinario un potere discrezionale di conformazione del loro contenuto”<sup>235</sup>.

---

<sup>231</sup> Cass. Sez. Un., 26972/08, cit., n. 2.7. Numerosi autori si sono cimentati nel commento di tali decisioni. Alcuni contributi sono stati raccolti in un volume, *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, cit., mentre altri sono comparsi su diverse riviste, tra cui, *ex multis*, F.D. Busnelli, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, pag. 97 e ss.; P. Cendon, *L'urlo e la furia*, cit., pag. 71 e ss.; *Id.*, *L'araba fenice. Più vivo che mai il danno esistenziale presso i giudici italiani*, in *NGCC*, 2010, pag. 1 e ss.; E. Navarretta, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, cit. pag. 63 e ss.; G. Grisi, *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia “creativa” delle Sezioni Unite*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, pag. 393 e ss.; S. Mazzamuto, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2009, pag. 589 e ss.; V. Tomarchio, *L'unitarietà del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2009, pag. 318 e ss.; A. Di Majo, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?*, in *Corr. giur.*, 2009, pag. 410 e ss.; A. Donati, *Riparabilità del danno non patrimoniale ed aequitas cerebrina, a proposito delle Sezioni Unite n. 26972/2008*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, pag. 2187 e ss.; F. Gazzoni, *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>232</sup> Cass. 8827/03, cit., n. 4.3.

<sup>233</sup> *Ivi*, n. 4.8.

<sup>234</sup> L. Mengoni, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in M. Napoli (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano, 1998, ora in *Metodo e teoria giuridica*, cit., pag. 140.

<sup>235</sup> *Ibidem*. Come evidenzia G. Grisi, *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia “creativa” delle Sezioni Unite*, cit., pag. 394 e ss., generalmente però la dottrina, anche pubblicistica, ritiene intercambiabili le due espressioni.

Cionondimeno, anche tale nuovo e più preciso riferimento chiama l'interprete a verificarne la compatibilità col sistema e la coerenza rispetto al fine cui tende.

### **1.2.1. L'art. 2059 c.c. fra letture abrogative e tipicità a previsione generale rinforzata**

Anzitutto è necessario chiarire le modalità attraverso le quali il riferimento ai diritti inviolabili si innesta nel sistema della responsabilità civile e come questo influisca sul dato normativo.

Con riferimento alla prima questione, le Sezioni Unite precisano che "l'art. 2059 c.c. non delinea una distinta fattispecie di illecito produttiva di danno non patrimoniale, ma consente la riparazione anche nel caso dei danni non patrimoniali [...] nel presupposto della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della struttura dell'illecito civile, che si ricavano dall'art. 2043 c.c."<sup>236</sup>. In altre parole la Cassazione sembra accogliere quella dottrina per cui l'art. 2043 c.c. è la norma «di fattispecie» dell'illecito in generale e non solo di quello lesivo di interessi patrimoniali, laddove per la disciplina delle conseguenze bisogna riferirsi, qualora il danno sia di natura economica, all'art. 2056 c.c., mentre ove esse siano non patrimoniali, all'art. 2059 c.c.<sup>237</sup>. Proprio con riferimento a quest'ultima disposizione il Collegio precisa poi che essa "è norma di rinvio [...] alle leggi che determinano i casi di risarcibilità del danno non patrimoniale"<sup>238</sup>, tra cui, oltre all'art. 185 c.p. e ai casi espressi, vi sono da annoverare gli articoli della Costituzione che riconoscono diritti inviolabili della persona<sup>239</sup>.

Tuttavia l'affermazione per se stessa non esplicita a quale livello operi la selezione: a quello del danno conseguenza o a quello del diritto leso dalla condotta? Il dubbio è fugato dalla stessa Cassazione quando affronta la prima ipotesi - la tesi che "pretende di vagliare la rilevanza costituzionale con riferimento al tipo di pregiudizio"<sup>240</sup> - e la rifiuta<sup>241</sup>, perché "essa si risolve sostanzialmente nella abrogazione surrettizia dell'art.

---

<sup>236</sup> Cass., Sez. Un., 26972/08, cit. n. 2.3.

<sup>237</sup> Cfr. C. Castronovo, *Danno biologico*, cit., pag. 193 e ss.

<sup>238</sup> Cass., Sez. Un., 26972/08, cit., n. 2.3.

<sup>239</sup> *Ivi*, 2.7.

<sup>240</sup> *Ivi*, n. 3.5.

<sup>241</sup> A. Di Majo, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?*, cit. pag. 414, e G. Grisi, *Il danno di tipo esistenziale e la nomofilachia «creativa» delle Sezioni Unite*, cit., pag. 417 e ss., rilevano alcune incongruenze nel testo della sentenza, che tuttavia non sembrano in grado di far dubitare che la

2059 c.c.”<sup>242</sup>. A ben guardare infatti qualsiasi pregiudizio, al di là di quale sia l’interesse leso, rappresenta un ostacolo più o meno ingombrante al libero svolgimento della personalità cui i diritti inviolabili sono funzionali<sup>243</sup>. Non resta allora che la seconda, e infatti la Corte precisa che, fuori dai casi di reato e di espressa previsione di legge, il danno non patrimoniale è risarcibile solo “nei casi in cui il danno non patrimoniale sia *conseguenza della lesione* di un diritto inviolabile della persona, e cioè in presenza di ingiustizia costituzionalmente qualificata dall’evento dannoso”<sup>244</sup>.

Proprio il riferimento alla clausola di ingiustizia sembra a questo punto rivelare la dinamica sottesa alla costruzione dogmatica delle Sezioni Unite, rimasto del tutto implicito nelle sentenze gemelle del 2003: verificati gli elementi strutturali dell’illecito ex art. 2043 c.c., qualora il danno sia non patrimoniale, per la sua risarcibilità bisognerà guardare all’art. 2059 c.c., il cui rinvio, essendo la selezione riferita al diritto leso dalla condotta e non al danno conseguenza, non può che essere alla norma di fattispecie dell’illecito, e cioè, fuori dai casi di reato e di espressa previsione di legge in cui essa è *ad hoc*, nuovamente all’art. 2043 e segnatamente alla clausola di ingiustizia in esso contenuta<sup>245</sup>, la quale proprio in virtù del rinvio si presenta “rinforzata”, non bastando

---

conclusione del Collegio sia quella nel senso che la selezione debba avvenire non al livello del danno conseguenza, bensì con riferimento all’interesse leso.

<sup>242</sup> Cass., Sez. Un., 26972/08, cit., n. 3.5.

<sup>243</sup> Su questa capacità di ogni illecito di incidere sulla vita del danneggiato fa leva, come si è visto al § 1.1.3.1, la costruzione dogmatica del danno esistenziale, su cui cfr. P. Cendon-P. Ziviz, *Il danno esistenziale*, cit., pag. 95 e ss.

<sup>244</sup> Cass., Sez. Un., 26972/08, cit., n. 3.5, corsivi nostri.

<sup>245</sup> In questo senso cfr. S. Mazzamuto, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit., pag. 601 e ss., “si deve, pertanto, elaborare una soluzione di compromesso che però non faccia violenza al tenore dell’art. 2059 c.c. e soprattutto al filtro particolarmente rigoroso da esso imposto e la via è offerta dal riconoscimento della risarcibilità di quei danni che siano frutto della lesione di profili della personalità umana tutelata dalla Costituzione, ma tramite la mediazione di una disposizione di legge ordinaria, che non può essere altro se non l’art. 2043 c.c.” (pag. 604); C. Salvi, *La responsabilità civile*, cit., pagg. 33-34, “appare difficilmente configurabile un’applicazione ‘diretta’ delle norme costituzionali nella materia. Quando talvolta si parla, ad esempio, di applicazione diretta dell’art. 32 Cost. per fondare la risarcibilità del cosiddetto danno biologico, si usa una metafora: si dice cioè che dalla norma costituzionale possono trarsi gli elementi per un’interpretazione rinnovata degli artt. 2043 e 2059; ma sono queste norme ad essere poi applicate, e non «direttamente» l’art. 32”; C. Castronovo, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 119 e ss., secondo cui “l’art. 2059 c.c. [...] è norma che si limita ad affermare in generale che il risarcimento del danno non patrimoniale necessita di una previsione altra alla quale [...] l’art. 2059 fa rinvio. Nell’evoluzione dell’ordinamento, in particolare a seguito dell’introduzione della Carta costituzionale, tale rinvio ha acquistato un significato duplice. Il primo [...] si rinviene nell’art. 185 c.p. di recente ripetuto in altri interventi legislativi menzionati dalla Corte, ed è costituito dalla previsione testuale del risarcimento del danno non patrimoniale; il secondo è costituito dal richiamo

ad integrarla la lesione di una situazione soggettiva riconosciuta dall'ordinamento, ma essendo necessaria, fuori dai casi di reato ed espressa previsione di legge, la lesione di un diritto inviolabile della persona riconosciuto dalla Costituzione.

Il ragionamento si presenta coerente, fuorché su un punto, quello relativo alla qualificazione della clausola di ingiustizia dell'art. 2043 c.c. Nelle parole della Cassazione<sup>246</sup> essa infatti viene presentata come una sorta di Giano bifronte, dato che ove si tratta di danni patrimoniali si atteggierebbe quale «clausola generale», e quando invece si versa in ipotesi di pregiudizi non patrimoniali si tramuterebbe in «norma generale»<sup>247</sup>. In questo modo la stessa realtà verrebbe a cambiare la sua propria natura in base all'oggetto cui è riferita, ma ciò sembra violare il principio di non

---

all'art. 2043 c.c. come fattispecie generale dell'illecito civile, nella cui qualificazione di ingiustizia del danno trova ricetto ogni lesione di situazione soggettiva e perciò anche di quelle che attengono alla persona e come tali sono fonti di danno non patrimoniale", nonché M. Barcellona, *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 68, nota 94, "anche il risarcimento del danno non patrimoniale [...] trova fondamento nell'art. 2043 e suppone necessariamente il giudizio di «ingiustizia», mentre l'art. 2059 funge da *valvola ulteriore*, che opera a valle del giudizio di «ingiustizia», dando via libera al danno patrimoniale e bloccando il danno non patrimoniale quando non ricorra uno dei casi «determinati dalla legge». Critica il riferimento all'art. 2043 c.c. quando vengono in considerazione pregiudizi non patrimoniali A. Donati, *Riparabilità del danno non patrimoniale ed aequitas cerebrina, a proposito delle Sezioni Unite n. 26972/2008*, cit., pag. 207 e ss., che nemmeno però è d'accordo con E. Navarretta, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extracontrattuale*, cit., pag. 42 e ss., la quale ritiene che il rinvio all'art. 2 della Costituzione avvenga senza la mediazione dell'art. 2043 c.c. Tale ultima costruzione sembra avere il difetto di lasciar aperta la possibilità che la selezione avvenga con riferimento al danno conseguenza e non al diritto leso, ambiguità che si evita invece nel momento in cui il contatto è inframmezzato dalla norma di fattispecie. F.D. Busnelli, *... e venne l'estate di San Martino*, cit., pag. 94, pare d'accordo su quanto affermato nel testo - "la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale [...] si fonda sul requisito dell'ingiustizia del danno; è dunque tributaria dell'art. 2043, unica norma generale deputata alla tutela risarcitoria" -, ma sembra denunciare il rischio che ciò conduca all'ambiguità per cui l'art. 2059 c.c. diverrebbe norma "a doppia soglia di ingiustizia del danno. Nell'ambito di operatività della stessa norma si troverebbero, infatti, a convivere un criterio di «ingiustizia costituzionalmente qualificata», riferibile alla lesione di «specifici diritti inviolabili della persona», e un criterio di «ingiustizia generica secondo l'art. 2043» ritenuto operante nei «casi determinati dalla legge», e più specificamente in presenza di reato". Ora a noi pare che il riferimento all'art. 2043 c.c. quale norma generale di fattispecie dell'illecito debba avvenire solo ove manchi una disposizione che specificamente preveda la fattispecie di risarcimento del danno non patrimoniale, perché ove questa invece ci sia - si pensi al caso del risarcimento del danno morale per la violazione di un diritto di proprietà industriale ex art. 125 D.Lgs. 30/05 - la valutazione circa la meritevolezza dell'interesse leso a trovare tutela anche per le conseguenze non patrimoniali cui il rinvio dell'art. 2059 c.c. è preordinato è già stata effettuata dal legislatore e a proposito della quale non sembra si possa parlare di "ingiustizia generica".

<sup>246</sup> Cass., Sez. Un. 26972/08, cit., n. 2.8, secondo cui "il risarcimento del danno patrimoniale [...] è connotato da atipicità [...] quello non patrimoniale da tipicità".

<sup>247</sup> Sulla differenza tra le due categorie cfr. *ut supra* § 1.1.2.2.

contraddizione<sup>248</sup>, incidente che si eviterebbe ove si ammettesse che anche per i danni patrimoniali vige un regime di tipicità, seppur a previsione generale<sup>249</sup>.

Una volta chiarito il profilo strutturale, rimane da affrontare quello sostanziale, ovvero attinente agli effetti che la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. ha nei confronti del principio di tipicità delle ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale contenuto nella stessa norma. A tal proposito sembra potersi ulteriormente precisare quanto già accennato in tema di danno biologico<sup>250</sup>.

Anzitutto il riferimento, mediato dall'ingiustizia *ex art.* 2043 c.c., ad una disposizione costituzionale - in quel caso l'art. 32, qui l'art. 2 - impone il passaggio da una tipicità a previsione casistica - riferita alla presenza di un'espressa norma di legge - ad una tipicità a previsione generale rinforzata - perché il rinvio dell'art. 2059 c.c. fuori dai casi di reato ed espressa previsione di legge potrà ritenersi integrato solo da una «norma generale» di rango costituzionale ricognitiva di un diritto inviolabile della persona<sup>251</sup>.

---

<sup>248</sup> A questo proposito C. Castronovo, *Danno esistenziale: il lungo addio*, cit., pagg. 119-120, parla di "problema di coerenza". Anche A. Procida Mirabelli di Lauro, *Chiaroscuri d'autunno: il danno non patrimoniale e le Sezioni Unite*, in *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 351, e M. Di Marzio, *A momentary lapse of reason*, in *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 176 e ss., hanno manifestato perplessità, seppur da un punto di vista opposto: l'ingiustizia sarebbe una «clausola generale» anche quando si tratta di un danno non patrimoniale, da cui conseguirebbe l'abrogazione surrettizia dell'art. 2059 c.c.

<sup>249</sup> C. Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., pag. 112 e ss. Proprio la qualificazione dell'ingiustizia quale «clausola generale» induce E. Navarretta, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extracontrattuale*, cit., pag. 42, a non trovare affinità fra "la c.d. ingiustizia qualificata di cui all'art. 2059 c.c., combinato con l'art. 2 C., e la clausola generale dell'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c.", da cui discenderebbe che "il collegamento dell'art. 2043 c.c. con l'art. 2059 c.c. opera solo con riguardo alla prima parte della norma, ma non con riferimento alla clausola del danno ingiusto". Diversamente A. Di Majo, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?*, cit., pag. 411, sulla scorta della nuova lettura dell'art. 2059 c.c. arriva da affermare che "in realtà, una forma di «tipicità», sia pure relativa, è anche propria del danno patrimoniale se è vero che l'ingiustizia del danno presuppone la lesione di una situazione soggettiva e/o comunque di un interesse (ritenuto) giuridicamente rilevante. Ed ora anche il danno non patrimoniale tende a condividere lo stesso carattere di quello «patrimoniale» con il nuovo modello di rinvio dell'art. 2059 alla «ingiustizia costituzionalmente qualificata». Sul dibattito che ha interessato la qualifica da attribuire alla clausola di ingiustizia dell'art. 2043 c.c. si è accennato alla nota 90, cui si rinvia.

<sup>250</sup> Cfr. *ut supra* § 1.1.2.2.

<sup>251</sup> Secondo S. Mazzamuto, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit., pag. 618, "il richiamo della percezione del valore inviolabile dell'individuo da parte del corpo sociale e l'investitura della giurisprudenza quale suo interprete tramutano l'art. 2059 c.c., se non in una clausola generale, certamente in una norma generale". C. Salvi, *La responsabilità civile*, cit., pag. 80, afferma che "nel nuovo diritto giurisprudenziale il principio di tipicità non è [...] superato, ma trasferito dalla legge alla giurisprudenza medesima,

Avevamo evidenziato poi che la coerenza di una tale soluzione, volta a mantenere nel solco della tipicità le ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale, era subordinata al fatto che a sua volta il diritto riconosciuto inviolabile attraverso la disposizione costituzionale non fosse concepito alla stregua di una mera «clausola generale», in cui al giudice viene delegata “la formazione caso per caso di regole di decisione integrative o correttive di altri programmi normativi, vincolandolo a una direttiva espressa attraverso il riferimento a tipologie sociali”<sup>252</sup>, bensì fosse inteso quale «norma generale», “che *describe* la propria fattispecie non col metodo casistico, ma con formule elastiche, riassuntive di una generalità di casi, per la cui concretizzazione il giudice è rimandato volta a volta a tipi di comportamento e a stregue di valutazione obiettivamente rilevabili nell’ambiente sociale”<sup>253</sup>. Tuttavia, se questo procedimento nel caso della salute trova un sostegno determinante nella possibilità che la lesione venga appurata con l’accertamento medico-legale, non altrettanto può dirsi quando l’offesa è rivolta nei confronti di altri diritti della persona, per l’individuazione del contenuto dei quali non è possibile chiedere aiuto ad una scienza tecnica e nemmeno l’effettiva sussistenza della lesione può essere certificata da una perizia. Si pensi, ad esempio, all’ipotesi del danno da lesione del rapporto parentale e alla nozione di famiglia di fatto<sup>254</sup>, ovvero al danno da lesione del diritto all’autodeterminazione e ai presupposti necessari perché esso sorga<sup>255</sup>. In casi del

---

attraverso il dato costituzionale che consente l’applicazione analogica, oltre che l’interpretazione estensiva, dei «casi previsti dalla legge» di cui all’art. 2059”.

<sup>252</sup> L. Mengoni, *La questione del «diritto giusto» nella società post-liberale*, in *Rel. ind.*, 1988, ora in *Metodo e teoria giuridica*, cit., pag. 70.

<sup>253</sup> *Ibidem*, corsivi nostri.

<sup>254</sup> Solo dagli inizi degli anni novanta la giurisprudenza ordinaria, in presenza delle condizioni individuate dalla Corte Costituzionale perché si possa affermare sussista una famiglia di fatto, garantisce il risarcimento del danno non patrimoniale per la perdita del congiunto anche al *partner* (cfr. Cas. Civ., Sez. III, n. 2988 del 28 marzo 1994, in *Dir. fam. e pers.*, 1996, pag. 873 e ss., con nota di A. Lepre, *Convivente more uxorio e risarcimento del danno* e in *Resp. civ. e prev.*, 1995, pag. 564, con nota di S. Coppari, «*Famiglia di fatto*» e diritto al risarcimento del danno per morte del convivente, più di recente Trib. Milano, n. 449 del 14 gennaio 2009, in *Giust. a Milano*, 2009, pag. 4). Al contrario la medesima tutela non è concessa quando la convivenza è fra persone dello stesso sesso, al punto che Trib. Milano, 13 novembre 2009, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, pag. 412 e ss., con nota di F. Bilotta, *La convivenza tra persone dello stesso sesso è un ancora un tabù?*, ha risarcito il danno non patrimoniale lamentato dall’attore, che si era costituito parte civile, per la perdita del convivente fondandolo sull’assunto di Cass. Sez. Un. 26972/08, cit., per cui in presenza del reato il risarcimento del danno non patrimoniale è garantito anche ove non sia leso un diritto inviolabile della persona.

<sup>255</sup> Ad esempio nei casi di c.d. danno da nascita indesiderata, ove la possibilità di interrompere la gravidanza viene ricondotto al diritto all’autodeterminazione ex art. 2 Cost., ma per il cui sorgere la L.

genere l'onere di appurare se l'interesse leso, in astratto, poteva ricondursi a quel diritto inviolabile e se l'offesa, in concreto, c'è stata, incombe totalmente in capo all'interprete, che non potrà avvalersi dell'aiuto di nessun tecnico. Anche in questo caso, come per il diritto alla salute, risulta allora essenziale che il dettato costituzionale non sia edulcorato al punto che il contenuto del diritto inviolabile di volta in volta chiamato in causa sia *ad libitum*, pena la conversione surrettizia in senso atipico delle ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale.

A questo punto il problema si sposta al livello dell'interpretazione costituzionale<sup>256</sup>, argomento che esula dall'economia del nostro discorso e in ordine al quale ci limiteremo pertanto a ricordare che la dottrina in ottica generale, premesso che "la costituzione, come ogni altra legge, è sempre e anzitutto un atto normativo, che contiene disposizioni precettive e che perciò appartiene indubitabilmente all'ambito del diritto"<sup>257</sup>, ragion per cui gli interpreti "si trovano vincolati dai testi costituzionali in modi certo meno stringenti di quanto non avvenga nel caso dell'interpretazione di leggi ordinarie; ma si trovano pur sempre vincolati"<sup>258</sup>, ha individuato nel «criterio di ragionevolezza»<sup>259</sup> lo strumento in grado di impedire nell'opera di interpretazione

---

194/78 pone una serie di condizioni, della cui ipotetica integrazione la giurisprudenza si preoccupa, seppur *ex post*, di verificare. A proposito di questo tema cfr. il successivo cap. III.

<sup>256</sup> In merito al quale si vedano, tra gli altri, L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., pag. 115 e ss.; F. Viola-G. Zaccaria, *Diritto ed interpretazione - Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, 1999; G. Berti, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 2001; G. Zagrebelsky, *Diritto per valori: principi o regole?*, in *Quad. fior.*, 2002, pag. 865 e ss., G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, nonché A. Longo, *I valori costituzionali come categoria dogmatica - Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007.

<sup>257</sup> F. Viola-G. Zaccaria, *Diritto ed interpretazione - Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, cit., pag. 218. Anche L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., pag. 120 e ss., richiama il vincolo del testo normativo "per cui il tenore letterale segna il limite estremo delle possibili varianti di senso ascrivibili alla disposizione".

<sup>258</sup> F. Viola-G. Zaccaria, *Diritto ed interpretazione - Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, cit., pag. 218. Pur dando rilevanza alla "soggettività del soggetto", anche F. Modugno, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in *Interpretazione costituzionale*, cit., pag. 51 e ss., premette che "l'attività interpretativa presuppone [...] un'oggettività linguistica (che è cioè oggettiva in quanto altra rispetto al soggetto-interprete non in quanto univocamente chiara) e che esprime o, meglio, attende di ricevere dall'interprete un significato e si risolve nella formulazione di un *altro* enunciato che esprime la norma o la normativa" (pagg. 52-53, corsivi nel testo). Si veda più di recente M. Luciani, *L'interprete della costituzione di fronte al rapporto fatto valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. e soc.*, 2009, pag. 1 e ss., per il quale "l'interprete non può pretendere di rinvenire in Costituzione valori che non siano manifestati dal testo" (pag. 20).

<sup>259</sup> Cfr. L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., pag. 129, e A. Ruggeri, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, disponibile in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it) e F. Modugno, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009.

delle disposizioni costituzionali<sup>260</sup>, necessariamente improntata alla logica della verosimiglianza<sup>261</sup>, “l’infiltrazione nell’ordinamento giuridico di fondamentalismi di ogni specie, etici, politici o economici”<sup>262</sup>.

### 1.2.2. L’art. 2 Cost.: «clausola generale» o «norma generale»?

Più autori hanno tuttavia manifestato perplessità non tanto in ordine alla possibilità di ampliare il contenuto dei singoli diritti inviolabili, quanto alla reale capacità selettiva dell’intera categoria alla quale potrebbero essere ascritte un numero indeterminato di prerogative, arrivando a sostenere che, nonostante le affermazioni di facciata, si sarebbe giunti *de facto* ad un regime di atipicità della ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale<sup>263</sup>.

---

<sup>260</sup> L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., pag. 129, il quale specifica che in questi casi esse si atteggiano a norma-regola, avendo la fattispecie “la duplice funzione di delimitare l’ambito normativo della regola e di decidere definitivamente tutti i casi riconducibili in tale ambito”. Dubita invece della possibilità che le norme costituzionali possano essere qualcosa di diverso da una norma-principio G. Zagrebelsky, *Diritto per valori: principi o regole?*, cit., pag. 865 e ss.

<sup>261</sup> *Ivi*, pag. 75 e ss., “il problema dei valori si propone così essenzialmente come problema logico, di fondazione conoscitiva. Il modo di essere dei valori non è il dover essere, come ritiene la filosofia neokantiana, né i giudizi di valore equivalgono a proposizioni normative. Essi sono giudizi logici analogamente ai giudizi di fatto, ma con la differenza che non disponiamo di metodi sicuri che ci consentano di stabilirne con certezza la verità o la falsità; dobbiamo contentarci di una semplice verosimiglianza, che fonda i valori come verità provvisorie. [...] I valori non dipendono da un atto del pensiero, non sono mere proiezioni dello spirito umano, realtà puramente psicologiche: sono oggettività ideali [...]. [...] Se si nega l’oggettività dei valori, il loro aspetto di prototipi, e dunque di ciò che non si esaurisce nell’esperienza immediata, si finisce con l’ipostatizzare al suo posto il valore medio della «coscienza (o senso) comune»”, perché se è vero che “la consapevolezza assiologica è condizionata dal divenire della storia e dello spirito umano”, ciò non significa “attribuire alla storia una portata ontologica in ordine ai valori, un significato costitutivo di essi”, bensì riconoscere al “la storicità come modo di essere della conoscenza dei valori”. Sul tema si vedano anche F. Modugno, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, cit., e A. Baldassare, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), i quali offrono un’indagine critica delle diverse posizioni dottrinali. Mostra riserve nei confronti della c.d. «teoria dei valori», in quanto foriera di “notevoli dosi di soggettivismo e quindi di arbitrio”, a favore del metodo giuspositivista «temperato» A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, pag. 35 e ss. Si noti infine che C.M. De Iuliis, *Leibniz e la scienza giuridica dogmatica*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, pag. 711 e ss., porta come esempio di applicazione del metodo della logica del probabile nel diritto proprio quello dell’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c. avanzata dalle Sezioni Unite nel 2008.

<sup>262</sup> L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., pag. 120.

<sup>263</sup> Cfr., *ex multis*, M. Paradiso, *La “atipica tipicità” del danno non patrimoniale*, in *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 278 e ss., “a me sembra che l’asserita tipicità costituisca una mera affermazione di principio, strumentale all’evidenziata esigenza di contenimento delle pretese risarcitorie, ma in sostanza contraddetta nella motivazione che dovrebbero dimostrare l’assunto”; M. Di Marzio, *A momentary lapse of reason*, cit., pag. 176 e ss.; A. Di Majo, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?*, cit., pag. 412; S. Patti, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *Il danno non*



La categoria dei diritti inviolabili ex art. 2 Cost.<sup>264</sup> - la cui positivizzazione rende ancor più impellente “sapere per quale ragione vi sia per l’uomo qualcosa che gli è irrimediabilmente dovuta, e quindi in qual modo la giustizia giunga ad essere concepibile e giustificabile come dovere, la cui violazione invalida lo stesso essere umano”<sup>265</sup> - originariamente<sup>266</sup> veniva concepita alla stregua di un catalogo chiuso legato al testo costituzionale e non passibile di integrazione<sup>267</sup>, ma - come è noto - dalla metà degli anni settanta iniziò ad essere proposta “come norma di «apertura» ad altre libertà e ad altri valori personali non espressamente tutelati dal testo costituzionale”<sup>268</sup>.

Questa capacità dell’art. 2 Cost. di garantire protezione “ad altre libertà e ad altri valori personali non espressamente tutelati nel testo costituzionale”<sup>269</sup>, da un lato,

---

*patrimoniale*, cit., pag. 302 e ss.; G. Vettori, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, in *Obbl. e contr.*, 2009, pag. 107 e ss.; P. Perlingieri, *L’onnipresente art. 2059 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, pag. 520 e ss.; P. Fava, “*L’ingiustizia costituzionalmente qualificata a tipicità elastica*” e l’opzione “*qualitativa*” della “*gravità del danno*” e la “*serietà della lesione*”, in *Rass. avv. dello Stato*, 2009, pag. 359 e ss. Per G. Grisi, *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia “creativa” delle Sezioni Unite*, cit., pag. 400, “non è detto che porre l’accento sulla necessaria caratterizzazione del diritto leso come «inviolabile» basti per conformare nel segno - registrato dalle s.u. - della tipicità il sistema di tutela, costituzionalmente orientato, delineato nell’art. 2059 c.c.”. Anche in ordine alle pronunce 8827 e 8828 del 2003 erano state manifestate le medesime perplessità: si vedano A. Procida Mirabelli di Lauro, *L’art. 2059 c.c. va in paradiso*, cit., pag. 833 e ss., e da ultimo M. Barcellona, *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 73 e ss., per il quale “tutti i diritti soggettivi privati trovano in qualche modo contemplazione e garanzia nella Costituzione: non solo i diritti della persona ma anche quelli di carattere patrimoniale, dall’iniziativa economica dell’art. 41 alla libertà d’impresa, di concorrenza e di contratto che da esso si possono agevolmente desumere, alla proprietà dell’art. 42, al risparmio dell’art. 47, ecc.” (pag. 75).

<sup>264</sup> Su cui cfr. fra gli altri P. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972; P. Perlingieri, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, pag. 368 e ss.; A. Barbera, *Commento all’art. 2 della Costituzione*, cit., pag. 50 e ss.; D. Messinetti, voce «Personalità (diritti della)», in *Enc. dir.*, Milano, 1983; A. Baldassarre, voce «Diritti inviolabili», cit., pag. 1 e ss.; F. Pizzolato, *Finalismo dello stato e sistema nei diritti della Costituzione italiana*, Milano, 1999, pag. 145 e ss.; R. Nania-P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2001, pag. 3 e ss.; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 2003; A. Longo, *I valori costituzionali come categoria dogmatica - Problemi e ipotesi*, cit., pag. 221 e ss., e A. Donati, *I diritti inviolabili della persona umana nel quadro dell’art. 2 Cost.*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli, 2008, pag. 361 e ss.

<sup>265</sup> J. Pieper, *La giustizia*, Brescia - Milano, 2000, pag. 40.

<sup>266</sup> V. Crisafulli, *Diritti di libertà e poteri dell’imprenditore*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, pagg. 79-80; F. Bricola, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, pag. 1094, e P. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, cit., pag. 159 e ss.

<sup>267</sup> Come ricorda A. Barbera, “*Nuovi diritti*”: *attenzione ai confini*, in L. Califano (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004, pagg. 20, nota 9, “la Corte costituzionale esprime questa posizione fin dalla sentenza 11 del 1956 e la ribadisce nella sentenza 102 del 1975, contraria al riconoscimento del diritto a mendicare” (corsivi nostri).

<sup>268</sup> A. Barbera, *Commento all’art. 2 della Costituzione*, cit., pag. 84.

<sup>269</sup> Sull’evoluzione della giurisprudenza costituzionale circa l’interpretazione dell’art. 2 cfr. A. Pace, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell’uomo*, in *Rass. parl.*, 2010, pag. 651 e ss.

sembra porsi quale riconoscimento da parte dell'ordinamento della necessità che il diritto sia continuamente sottoposto ad un'opera di affinamento in modo da essere sempre più strumento di attribuzione ad ogni persona di ciò che è veramente suo<sup>270</sup>, dall'altro deve però fare i conti con la tentazione, accentuata dallo sviluppo moderno della tecnica<sup>271</sup> e dalle continue sollecitazioni europee<sup>272</sup>, di avallare un'indiscriminata proliferazione<sup>273</sup>, che finirebbe per minarne la consistenza<sup>274</sup>.

---

<sup>270</sup> Come evidenzia F. Ventorino, *Da dove nasce il diritto*, in P. Barcellona - F. Ventorino - A. Simoncini, *La lotta fra diritto e giustizia*, Genova - Milano, 2008, pag. 56 e ss., già San Tommaso aveva la consapevolezza che "il diritto naturale, come ogni ordinamento giuridico, è anch'esso opus rationis e in quanto tale è sempre in fieri: è un'approssimazione progressiva della ragione dell'uomo a quell'ordine naturale che ha il suo fondamento ultimo nella ragione divina" (pag. 62, corsivi nel testo). Nello stesso senso O. De Bertolis, *L'ellisse giuridica. Un percorso nella filosofia del diritto tra classico e moderno*, Padova, 2010, pag. 161 e ss., secondo il quale "per Tommaso la legge naturale [...] non può essere concepita alla stregua di un modello *more geometrico demonstrabilis*, perfetto dal punto di vista razionale e deducibile con sicurezza dai propri assiomi: al contrario essa esprime quell'ordine che la natura non manifesta compiutamente, ma solo a tratti problematici ed oscuri, intuito tuttavia dalla ragione come stimolo di apertura e di superamento dei limiti dei propri modelli di conoscenza. La legge naturale si qualifica dunque piuttosto come un metodo che non come un sistema concluso di norme immutabili". Per M. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2007, pagg. 151-152, citato dallo stesso F. Ventorino, anche nel nostro contesto in cui vige "il modello del primato del legislativo" non è venuta del tutto meno l'esigenza di scoprire il contenuto del diritto, per rispondere alla quale "bisogna interrogare in continuazione la realtà naturale, le comunità politiche, i gruppi familiari o professionali, con un lavoro che non arriverà mai alla fine: il suo oggetto è sempre in movimento, dato che «la natura umana è mutevole» e che l'uomo, essere libero, si trova continuamente a dover fronteggiare situazioni nuove e che a queste situazioni mutevoli norme *giuridiche* bisogna che vengano riadattate in continuazione. Insomma il lavoro di chi va alla ricerca del diritto naturale è un po' come quello di Penelope e non giunge mai a cristallizzarsi in regole rigide" (corsivi nel testo). In quest'ottica L. Mengoni, *Note sul rapporto tra diritto e morale*, in *Iustitia*, 1998, ora in *Metodo e teoria giuridica*, cit., pag. 30, a proposito del problema della fondazione conoscitiva dei valori, ritiene che "non si potrà andare oltre un cognitivismo moderato, fondato sull'ammissione della logica del verosimile (della quale è un antecedente la logica dei probabili elaborata dai giuristi) come forma di conoscenza per cui anche le proposizioni normative possono essere valutate nella dimensione della verità, sia pure di una verità non equiparabile alla certezza definitiva. Le logiche del verosimile producono sapere nei limiti dell'evidenza della probabilità, cioè nei limiti di verità provvisorie, interinali, sempre esposte alla possibilità di falsificazione. Di questo tipo di verità, oggettivamente garantita dall'intersoggettività, dobbiamo, come giuristi, accontentarci".

<sup>271</sup> Per G.M. Flick, *Ombre ed immagini dei diritti fondamentali*, pag. 6, disponibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), "la proliferazione di nuovi profili dei diritti fondamentali dipende oggi dalle infinite nuove possibilità che la tecnica pone a disposizione, per soddisfare interessi prima non evidenziabili". Si vedano a questo proposito le osservazioni di L. Mengoni, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, ora in *Metodo e teoria giuridica*, cit. pag. 41 e ss.

<sup>272</sup> Su questo tema con particolare riferimento alla disciplina del danno non patrimoniale si rinvia al successivo cap. III.

<sup>273</sup> Con questa problematica si sono misurati numerosi autori, fra gli altri, si vedano D. Messinetti, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, pag. 173 e ss.; F. Modugno, *I nuovi diritti nella Giurisprudenza costituzionale*, cit., pag. 3 e ss.; F. Pizzolato, *Finalismo dello stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, cit., pag. 164 e ss.; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., pag. 3 e ss.; A. Barbera, "Nuovi diritti": *attenzione ai confini*, cit., pag. 20 e ss.; A. Longo, *I valori costituzionali come categoria dogmatica*, cit., pag. 221 e ss.;

Proprio a questo proposito la dottrina, pressoché unanime nell'affermare che l'elenco dei diritti inviolabili non possa essere limitato a quelli testualmente menzionati dalla Costituzione<sup>275</sup>, si divide. Il problema afferisce alle modalità di integrazione della norma, perché mentre l'ideatore dell'art. 2 come fattispecie «aperta», nel momento in cui le riconosce la capacità di offrire tutela giuridica “ai valori emergenti nella società”<sup>276</sup>, sembra trattarla alla stregua di una «clausola generale» che impartisce “al giudice una direttiva [...] per la formazione della regola di decisione del caso singolo, rinviandolo a *standards* sociali ravvisati come tipi ideali di comportamento in senso assiologico [...] esterni al sistema giuridico”<sup>277</sup>, altri invece ritengono comunque

---

A. Donati, *I diritti inviolabili della persona umana nel quadro dell'art. 2 Cost.*, cit., pag. 368 e ss. Da ultimo si veda M. Cartabia, *The age of new rights*, in [www.nyustraus.com](http://www.nyustraus.com), la quale, premesso che “rights proliferate as a tentative reply to the aspiration to justice; rights proliferate also because they have proved to be powerful political ‘trumps’. Rights growth is a tentative reply to the unquenchable thirst for justice, at the same time being a convenient easy-pass amidst the convoluted and time-consuming paths of policy” (pag. 40), “however, for a number of reasons we suspect that justice is not matter of quantity. In the field of justice the idea of progress per accumulation does not work” (pag. 42), perciò “rights, charters of rights and institutions of rights have their place. They assume an important place because, although we can spend a whole life without claiming a single right, we enjoy them every day. But still, their place is limited. This is not to diminish the role of rights, but on the contrary, to bestow on them the highest value. In a way, a tempered approach to human rights is a realistic approach ever aware that justice is an overarching goal that is always looming and never achieved. Paradoxical as it might be, without a perspective of a beyond, justice is impossible” (pag. 45).

<sup>274</sup> Secondo G. Grisi, *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia “creativa” delle Sezioni Unite*, cit., pag. 394, nota 37, l'idea che “tutti i diritti dell'uomo siano inviolabili” renderebbe “pleonastico il richiamo espresso a tale qualità operato dall'art. 2 Cost.”. Nello stesso senso anche F. Pizzolato, *Finalismo dello stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, cit., pag. 167, “se infatti fosse vero che, attraverso il rinvio all'art. 2, si attribuisse all'interprete «il potere di affermare la sua personale ‘immagine dell'uomo’», la norma in esame perderebbe qualsiasi utilità e, *in primis*, quel valore che le abbiamo attribuito, di fine capace di indirizzare l'evoluzione dei rapporti sociali”.

<sup>275</sup> P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, pag. 53 e ss.; A. Baldassarre, voce «Diritti inviolabili», cit., pag. 21 e ss.; F. Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, pag. 3 e ss.; A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, cit., pag. 45 e ss.; G.M. Flick, *Ombre ed immagini dei diritti fondamentali*, cit., pag. 12 e ss.; P. Caretti, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, Torino, 2011, pag. 173 e ss.

<sup>276</sup> A. Barbera, “Nuovi diritti”: *attenzione ai confini*, cit., pag. 19. Della medesima opinione sembra A. Donati, *I diritti inviolabili della persona umana nel quadro dell'art. 2 Cost.*, cit., pag. 361 e ss.

<sup>277</sup> Così L. Mengoni, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in AA.VV., *I principi generali del diritto*, Roma, 1992, ora in *Metodo e teoria giuridica*, cit., pag. 247, descrive la dinamica dell'integrazione di una «clausola generale». Di recente lo stesso A. Barbera, “Nuovi diritti”: *attenzione ai confini*, cit., pag. 30 e ss., si è interrogato sulla necessità di porre un filtro alla moltiplicazione dei nuovi diritti e lo ha individuato nella possibilità che la pretesa avanzata sia qualificabile come vero e proprio diritto soggettivo azionabile in giudizio, “in altre parole si è titolari di un diritto soggettivo allorché si è titolari di un'azione ma non si è titolari di un'azione per il solo fatto di vedere proclamato un generico diritto. [...] Non è possibile - io credo - dubitare sulla concreta azionabilità di pur sacrosante pretese del cittadino ma delle due l'una: o si tratta di pretese azionabili o non si è di fronte a diritti fondamentali” (pagg. 30-31). Sul fatto che proprio attraverso lo strumento della responsabilità civile si possa aggirare questo criterio fino a fargli perdere ogni capacità selettiva cfr. la successiva nota 303.

necessario un legame con il testo costituzionale seppur non letteralmente inteso<sup>278</sup>, così finendo per avvicinarsi alla categoria delle «norma generali» in cui “il nucleo centrale della fattispecie è definito genericamente con l’ausilio di una categoria riassuntiva, per la cui concretizzazione il giudice è rinviato volta a volta a modelli di comportamento e a stregue di valutazione obiettivamente vigenti nell’ambiente sociale in cui opera”<sup>279</sup>, ma “dispone in partenza di un patrimonio di dati per la ricerca della decisione, costituito dal testo normativo”<sup>280</sup>.

Ora, va precisato che solo accogliendo questa seconda alternativa la costruzione dogmatica proposta dalle Sezioni Unite nel senso della tipicità a previsione generale rinforzata delle ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale sta in piedi, perché laddove il rinvio dell’art. 2059 c.c. potesse essere integrato attraverso il riferimento ad un diritto che viene ascritto fra quelli inviolabili attraverso una «clausola generale» il sistema finirebbe per essere improntato all’atipicità.

D’altra parte la stessa Cassazione si mostra cosciente della subordinazione dell’impianto dogmatico proposto al fatto che la categoria dei diritti inviolabili conservi una propria reale capacità selettiva e precisa che, nonostante “la tutela non sia

---

<sup>278</sup> P. Barile, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, cit., pag. 53 e ss., pur rifiutando una lettura estensiva dell’art. 2, afferma che “va inteso [...] come avente la sola - anche se fondamentale - funzione di conferire il crisma dell’inviolabilità ai diritti menzionati in costituzione: diritti peraltro da identificare [...] non solo in quelli dichiaratamente enunciati in costituzione, ma anche in quelli ad essi conseguenti. L’art. 2 è cioè, in una parola, *matrice* e *garante* dei diritti di libertà, non *fonte* di altri diritti, al di là di quelli contenuti in costituzione” (pag. 56, corsivi nel testo). Nello stesso senso A. Baldassarre, voce «Diritti inviolabili», cit., pag. 21, per il quale “in sede di interpretazione, come principio espansivo, dotato di grande forza maieutica, nell’opera di individuazione dei diritti conseguenti a quelli enumerati”; F. Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, cit., pag. 3 e ss., secondo il quale l’inviolabilità va riferita “al patrimonio irrettrattabile della persona umana intesa come totalità ossia principio supremo della libertà-dignità, in contrapposizione al tradizionale principio individualistico e liberale della libertà-proprietà” (corsivi nel testo), A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, cit., pag. 45 e ss., secondo cui “quanto disposto nel testo costituzionale costituisce (non già il *fondamento*, bensì) il *limite* delle possibilità «creative» dell’interprete” (corsivi nel testo), e P. Caretti, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, cit., pag. 173 e ss. Peraltro in un recente scritto lo stesso A. Barbera, *La laicità come metodo*, in AA.VV., *Il cortile dei gentili. Credenti e non credenti di fronte al mondo d’oggi*, Roma, 2011, pag. 61 e ss., sembra non prescindere dal dato testuale della Costituzione, ad es. quando tratta del c.d. «diritto a morire» in riferimento al quale afferma che “non vi è traccia nella Costituzione repubblicana” (pag. 86, corsivi nel testo) e richiama invece il contenuto dell’art. 32 Cost. per ammettere il «diritto a rifiutare le cure».

<sup>279</sup> Si tratta della definizione che L. Mengoni, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, cit., pag. 169, offre della categoria «norma generale».

Per un approfondimento in ordine alla differenza fra «norma generale» e «clausola generale» cfr. *ut supra* § 1.1.2.2.

<sup>280</sup> *Ivi*, pag. 176.

ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico [...], in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale, indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona"<sup>281</sup>. Ora, l'inciso non brilla certo per rigore e precisione, tuttavia letto nel contesto della sentenza - ove si è negata *expressis verbis* la rilevanza di pregiudizi invocati "a titolo di danno esistenziale [...] consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie"<sup>282</sup> a nulla valendo il riferimento a "diritti del tutto immaginari, come il diritto alla qualità della vita, allo stato di benessere, alla serenità: in definitiva ad essere felici"<sup>283</sup> - esso assume un peso determinante. In altri termini l'affermazione della Corte potrebbe essere letta nel senso che ammettere la possibilità di integrazioni del catalogo dei diritti inviolabili non significa al contempo accedere ad un sistema informato all'atipicità, ma semmai ad una tipicità a previsione generale, nel quale si può affermare che in un dato momento storico una certa prerogativa appartiene o no alla categoria dei diritti inviolabili ex art. 2 Cost.<sup>284</sup>. D'altronde anche quando la tipicità è di natura casistica l'elenco è "provvisoriamente" chiuso, posto che altre ipotesi, in via legislativa, potrebbero aggiungersi e tuttavia ciò non trasformerebbe il sistema da tipico in atipico<sup>285</sup>. A questo proposito un autore si è addirittura avventurato in un'elencazione dei diritti inviolabili

---

<sup>281</sup> Cass. Sez. Un. 26972/08, cit., 2.14 (corsivi nostri).

<sup>282</sup> *Ivi*, 3.9.

<sup>283</sup> *Ibidem*.

<sup>284</sup> Nel senso del testo sembra E. Lamarque, *Il nuovo danno non patrimoniale sotto la lente del costituzionalista*, in *Danno e resp.*, 2009, pag. 369, quando afferma che "bisogna procedere ad un esame più approfondito delle quattro sentenze per scoprire che la posizione delle Sezioni Unite appare più restrittiva, quanto alla possibilità di «allungare» il catalogo dei diritti costituzionali, non solo di quella fatta propria da molti studiosi, ma anche di quella predicata dalla stessa Corte costituzionale. [...] Esce così di scena quella larghissima interpretazione «per valori» dell'art. 2 Cost. che, richiamandosi al valore generale e generico della persona umana, lo portava ad operare, nella pratica applicativa delle aule giudiziarie, quasi come una norma in bianco e cioè, più che come formula aperta, come formula addirittura spalancata all'ingresso di nuovi e spesso improbabili diritti della persona".

<sup>285</sup> Di diversa opinione sembra S. Patti, *La parabola del danno esistenziale*, cit., pag. 303, per il quale "appare [...] difficile parlare di una «tipicità» delle fattispecie di danno non patrimoniale quale conseguenza della lesione di un catalogo di interessi tutelati non certo caratterizzato da *numerus clausus* bensì continuamente soggetto ad espansione".

della persona riconosciuti dalla Costituzione<sup>286</sup>, la quale oggi probabilmente non sarebbe completa<sup>287</sup>, ma che tuttavia al tempo in cui fu stilata avrebbe ben potuto rappresentare l'enumerazione delle ipotesi tipiche in cui il danno non patrimoniale sarebbe stato risarcibile ove la regola fosse già stata quella enunciata nel 2008 dalle Sezioni Unite. Certo da questo punto di vista risulta essenziale che anzitutto la Consulta, nel ruolo di garante della Costituzione e di quanto in esso previsto, ma anche la Corte di Cassazione nella sua composizione a Sezioni Unite, quale soggetto custode dell'esatta osservanza e uniforme interpretazione della legge<sup>288</sup>, nel dialogo tra loro<sup>289</sup> forniscano indicazioni quanto più chiare possibili ai giudici di merito<sup>290</sup>.

---

<sup>286</sup> G. D'Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana. Asilo - condizione giuridica - estradizione*, Padova, 1992, pagg. 240 e ss. e 284 e ss.

<sup>287</sup> Manca ad esempio un esplicito richiamo al diritto all'autodeterminazione distinto dal diritto alla salute, su cui cfr. Cass., Sez. III, n. 2847 del 9 febbraio 2010. Per un commento a tale decisione si vedano M. Gorgoni, *Ancora dubbi sul danno risarcibile a seguito di violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, pagg. 1014 e ss.; A. Riccio, *La violazione dell'autodeterminazione è, dunque, autonomamente risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 2010, pagg. 313 e ss. e R. Simone, *Consenso informato e onere della prova*, in *Danno e resp.*, 2010, pagg. 690 e ss. Più in generale invece A. Nicolussi, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia a trattamenti sanitari*, cit., pagg. 269 e ss.

<sup>288</sup> Ruolo che di recente ha trovato un deciso rafforzamento grazie a due riforme. Anzitutto quella che interessato l'art. 374, III comma, cod. proc. civ., in base al quale "se la sezione semplice non ritiene di condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a quest'ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso". Come sottolineato dalla dottrina processualistica, la norma non obbliga le Sezioni semplici "ad emettere una pronuncia di contenuto conforme; ben diversamente è loro impedito di emetterne una di contenuto difforme, dovendo esse convogliare il loro dissenso in un'ordinanza, che investa della decisione le sezioni unite, e che espliciti le ragioni del dissenso ai fini del superamento del precedente delle stesse sezioni unite" (R. Poli, *Il giudizio di Cassazione dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pag. 18). Nello stesso senso anche V. Sassani, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pagg. 233 e 234 e, seppur *de iure condendo*, F. Luiso, *Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2003, pag. 820. In secondo luogo con la l. n. 69 del 2009, che ha modificato, tra gli altri, l'art. 360 bis del cod. proc. civ., in base al quale il ricorso in Cassazione è ora inammissibile "quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa". Leggono la disposizione come una chiara indicazione del legislatore nel segno di una maggiore stabilità dei principi enunciati dalle Sezioni Unite, fra gli altri, C. Mandrioli - A. Carratta, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009 e C. Consolo, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, pagg. 737 e ss.

<sup>289</sup> Sembra richiamare la necessità di questa "complicità" fra le due Corti, seppur attribuendo il ruolo guida alla Consulta, E. Lamarque, *Il danno non patrimoniale sotto la lente del Costituzionalista*, cit., pag. 370 e ss.

<sup>290</sup> I quali, come sottolinea sempre E. Lamarque, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2008, pag. 292-293, hanno ascrivito fra i diritti fondamentali prerogative "davvero strampalate, nelle quali l'aggancio con le norme costituzionali appare labile o del tutto inesistente". Al punto che M. Fortino, *I danni ingiusti alla persona*, cit., pag. 162, afferma che "la pur segnalata apertura del sistema verso la possibile emersione di nuovi diritti inviolabili non produce quale conseguenza la possibilità che sia la giurisdizione ordinaria, ai fini della tutela risarcitoria, ad individuarli". Sul rapporto

### 1.3. LA PERSISTENTE TIPICITÀ DELLE IPOTESI DI RISARCIMENTO DEL DANNO NON PATRIMONIALE DA FATTO ILLECITO

Finora abbiamo dato conto delle condizioni necessarie affinché la regola indicata dalle Sezioni Unite possa effettivamente mantenere nel solco della tipicità le ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale da fatto illecito. A questo proposito, riepilogando, si può affermare che l'innesto della categoria dei diritti inviolabili nel sistema della responsabilità aquiliana non sembra poter avvenire né tramite un'obliterazione *sic et simpliciter* delle regole previste nel codice civile per offrire una tutela purchessia, né mediante una letturaedulcorata del dettato costituzionale in modo da soddisfare qualsivoglia istanza risarcitoria, ma al contrario chiama l'interprete ad uno sforzo ermeneutico teso ad individuare la modalità attraverso cui questi due mondi - originariamente concepiti fra loro indipendenti e che solo negli ultimi anni si sono venuti ad incontrare in Italia, ma anche nel resto d'Europa<sup>291</sup> - possano integrarsi a vicenda così che nessuno sia costretto ad appiattirsi sull'altro rinunciando ai propri tratti essenziali.

Abbiamo altresì potuto constatare che la *ratio* della tipicità, seppur gradualmente e non senza battute d'arresto, è venuta a consolidarsi nel senso della tutela in via risarcitorie della persona, i cui interessi irrinunciabili inizialmente coincidevano con i beni tutelati dal diritto penale e oggi invece trovano una migliore sistematizzazione nella Costituzione e segnatamente all'interno della categoria dei diritti in essa riconosciuti.

A questo punto - premesso che il sistema in tal modo concepito, attraverso l'astrazione dei diritti inviolabili<sup>292</sup>, sembra in grado di offrire una protezione completa

---

fra diritto vivente, da una parte, e giurisprudenza costituzionale e funzione nomofilattica delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione dall'altra si veda L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., pagg. 149 e ss., e A. Nicolussi, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, pag. 823, nota 49.

<sup>291</sup> Su cui cfr. il successivo cap. III.

<sup>292</sup> Come precisa N. Lipari, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, pagg. 335-336, l'individuazione di molteplici diritti in luogo del solo diritto della personalità non si pone in contrasto con il fatto che la persona umana non può che qualificarsi, "anche nell'ottica del giurista, come un valore unitario, i cui interessi relativi all'essere, pur isolabili concettualmente, conservano quel comune punto di riferimento oggettivo e sono sostanzialmente fra di

della persona nei suoi attributi ontologici<sup>293</sup>, peraltro in maniera più ampia rispetto all'ipotesi in cui sia leso il patrimonio, perché mentre in quest'ultimo caso il danno risarcibile a meno di eccezioni è solo quello economico, se ad essere leso è invece un diritto *ex art. 2 Cost.* anche le conseguenze non patrimoniali troveranno ristoro<sup>294</sup> - rimane però da affrontare la questione del perché ancora oggi residuino delle ipotesi in cui, pur sussistendo un pregiudizio di natura non economica - *rectius* un danno morale - questo, se la lesione non ha riguardato un diritto protetto dall'art. 2 Cost., non trova un debito riscontro nell'ordinamento, che anzi lo relega nell'area della irrilevanza

---

loro connessi in relazione al modo di esplicazione della persona in un determinato momento storico. In questa chiave la specifica elencazione di beni particolari appartenenti alla sfera della persona, [...], rappresenta nient'altro che un'astrazione, un modo di incapsulare l'esperienza entro le nostre categorie formali, assunte come degli *a priori* oggettivi" (corsivi nel testo).

<sup>293</sup> Per E. Navarretta, *Danno non patrimoniale e responsabilità extracontrattuale*, cit., pag. 16 e ss., la categoria dei diritti inviolabili "garantisce con certezza la protezione di qualunque offesa rilevante nei confronti dell'uomo. Ciò discende non solo dalla sua attitudine ad un incessante, seppur controllato sviluppo, ma anche dalla presenza, nel suo ambito, di valori, quali la dignità umana e il libero svolgimento della personalità che riflettono sul terreno giuridico l'essenza stessa dell'essere uomo. Tali valori, di contenuto ampio e di pregnante significato assiologico, si pongono quasi a chiusura del sistema, garantendo che qualunque fattispecie lesiva, per quanto peculiare e atipica, se colpisce in maniera rilevante la persona e la ferisce nella sua più profonda debolezza, è coperta da tutela" (pag. 26). Della stessa opinione è C. Castronovo, *Danno biologico*, cit., pag. 231 e ss., *Id.*, *La nuova responsabilità civile*, cit., pag. 80. Mostrano delle perplessità invece V. Scalisi, *Danno alla persona e ingiustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, pag. 152; P. Ziviz, *La scivolosa soglia dei diritti inviolabili*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, pag. 1296 e ss., secondo la quale "lungi dal determinare un confine rigoroso in ordine alla risarcibilità dei pregiudizi non economici, il filtro dei diritti inviolabili può essere atteggiato in maniera tale da estendersi a interessi così generici da apparire del tutto indeterminati ovvero venir compreso fino a comprendere un nucleo estremamente ristretto di posizioni" (pag. 1302). A. Bianchi, *Ripartire dalla vita buona*, in *Il danno non patrimoniale*, cit., offre una valutazione intermedia quando afferma che "i diritti dell'uomo rappresentano certo un fondamento più solido - in una generale teoria del danno - rispetto alla mera realizzazione dei desideri e delle preferenze individuali. [...] Al lessico dei diritti inviolabili - ovviamente da preservare e da rafforzare - va tuttavia aggiunto un approccio basato sulle capacità umane (*capabilities approach*) ovvero su un 'catalogo' delle caratteristiche irrinunciabili che rendono buona la vita umana: ciò che non può mancare, pena l'impossibilità di realizzazione della persona".

<sup>294</sup> Lo mette bene in luce E. Navarretta, *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 16, rispondendo all'obiezione per cui il sistema delineato dalla Cassazione porterebbe ad una tutela maggiore del patrimonio rispetto alla persona, così sovvertendo la scala gerarchica della nostra Costituzione (ad es. M. Fortino, *Il danno ingiusto alla persona*, cit., pag. 145, e V. Scalisi, *Danno alla persona e ingiustizia*, cit., pag. 151): nell'ottica assiologica costituzionale "la prospettiva è del tutto rovesciata in quanto, considerando il piano degli interessi lesi, deve piuttosto rilevarsi che, quando sono offesi diritti inviolabili della persona, è consentita la generale risarcibilità non solo dei danni non patrimoniali, ma anche di quelli non patrimoniali. Per converso, se sono lesi diritti patrimoniali, l'art. 1059 c.c. limita il risarcimento dei danni non patrimoniali alle espresse previsioni tipizzate dal legislatore". Non sembrano persuadere le recenti osservazioni sul punto offerte da P. Ziviz, *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*, cit., pag. 319, nota 272, la quale sembra confondere il piano della lesione con quello del danno conseguenza, vale a dire il problema della tutela degli interessi e quello invece della selezione dei danni risarcibili.



giuridica<sup>295</sup>. La figura del danno esistenziale, come visto, in sostanza si prefiggeva l'opposto risultato: mondare il risarcimento del danno non patrimoniale da qualsiasi vincolo<sup>296</sup>.

Per tentare di rispondere a tale quesito sembra utile prendere le mosse da un fenomeno cui si è già accennato - quello della moltiplicazione dei diritti -, seppur da un diverso profilo e cioè quello delle spiegazione che di esso dà la dottrina costituzionalista.

Agli inizi degli anni cinquanta N. Bobbio affermava che i diritti dell'uomo, oltre ad essere "diritti storici"<sup>297</sup> e ad aver assunto il ruolo di "principali indicatori del progresso storico"<sup>298</sup>, "nascono all'inizio dell'età moderna, insieme con la concezione individualista della società"<sup>299</sup>. Di recente un'autrice, dopo aver messo in evidenza come ciò non si presenti del tutto vero almeno dal punto di vista storico<sup>300</sup>, ha

---

<sup>295</sup> Soluzione che peraltro, come evidenzia C. Salvi, *La responsabilità civile*, cit., pag. 77, trova conferma "dalla considerazione comparatistica della tendenza all'espansione delle ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale, ma con la conservazione del principio di tipicità e la non equiparazione in via generale (a differenza che nel sistema francese) tra le due figure di danno".

<sup>296</sup> Cfr. G. Ponzanelli, *Il danno esistenziale prima della svolta del 2003*, in *Id.*, *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, cit., pag. 15.

<sup>297</sup> N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, pag. VIII.

<sup>298</sup> *Ibidem*.

<sup>299</sup> *Ibidem*, dove egli stesso ammette che nel suo primo scritto sull'argomento - *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, Torino, 1951 - proponeva già le suddette osservazioni "da cui non mi sono più allontanato". Si vedano poi le argomentazioni sul punto a pag. 57 e ss.

<sup>300</sup> M. Cartabia, *The age of new rights*, cit., pag. 19, "the most common narratives of the history of individual rights consider that they are the offspring of philosophical individualism of the Enlightenment era. Following this account, there is an intrinsic dependence of rights on liberal individualism, because rights are considered to be the first fruits of that philosophy. A more accurate analysis of the philosophical and legal history of ideas, however, shows that the notion of human rights has been incrementally singled out thanks to the contributions of many different traditions along the centuries and is far from having been invented all of a sudden by a single mind, in a given year of human history. Traces of the idea of subjective rights can be found long before the age of Enlightenment, back to the late medieval era and the Renaissance. It has been convincingly proved that the idea of human rights precedes the liberal philosophy, having been used long before for example by Francisco de Vitoria and Bartolomé de las Casas who defended the rights of Indians to the full ownership of their lands and who took advantage of - and further developed - the language of subjective rights that crept into the legal document of the medieval age. From the historical point of view, the twelfth century is the cradle of subjective rights: long before Locke and Hobbes, it is in the medieval discussions of the decretists of the twelfth century, starting with Gratian's *Decretum* around 1140, that we retrieve the initial concern for subjective rights. In fact, one of the central concepts of Western modern political theories first grew into existence almost imperceptibly, in the obscure glosses of the medieval jurists. This clarification is consequential not only for the sake of historical accuracy, but - more to the point - because it sheds a different light on the cultural backdrop of human rights: if the idea is to be dated back to the late Middle Age, this implies that the subjective rights were not necessarily nourished by an individualistic

comunque identificato nell'accentuazione di questa matrice, nella quale il concetto di «persona» e «individuo» finiscono per coincidere<sup>301</sup>, l'origine dell'odierna tendenza alla moltiplicazione dei diritti inviolabili<sup>302</sup>. Tale dinamica non poteva che riflettersi anche nella materia della responsabilità civile e quest'ultima è divenuta infatti lo strumento attraverso cui la teorizzazione di una prerogativa, a seguito della sua violazione, poteva trovare il modo di concretizzarsi<sup>303</sup>.

---

*anthropology, they were not based on simple greed or self-serving egotism; rather they derived from a view of individual human persons as free, endowed with reason, capable of moral discernment, and still belonging to social groups, well aware of the multiple ties that bound individuals to one another, and more generally of the relational dimensions of the person”.*

<sup>301</sup> Laddove P. Mounier, *Il personalismo*, Roma, 2004, pag. 59, le ritiene categorie in antitesi, perché “mentre la prima preoccupazione dell'individualismo è quella di centrare l'individuo su se stesso, la prima preoccupazione del personalismo è di decentrarlo, al fine di collocarlo nelle prospettive aperte della persona”. A questo proposito A. Barbera, *La laicità come metodo*, cit., pag. 61 e ss., non esita ad affermare che la nostra Costituzione, come quella della Repubblica Federale Tedesca, rappresenti, “dopo i precedenti drammatici conflitti, una felice sintesi fra costituzionalismo liberale e personalismo cristiano”. Sui presupposti grazie ai quali tale incontro è potuto avvenire e sulle ragioni del perché oggi tale convergenza sembra difficile a ripetersi cfr. R. Guardini, *La fine dell'epoca moderna*, Brescia, 2007, pag. 98 e ss.

<sup>302</sup> M. Cartabia, *The age of new rights*, cit., pagg. 20-21, “Nevertheless a written document alone cannot do the entire job. The language of rights is oftentimes loose and open-ended, so that depending on the anthropological premises that the rights talk assumes, human rights can be tailored on a rich and comprehensive understanding of the human person, or on an impoverished and therefore distorted one. The decline of human rights into an intense, excessive form of individualism is one of the most widespread temptations of present western society. History shows that when human rights hinge upon an individualistic view of the human condition, they show some major downsides that require to be taken seriously. No surprise: human rights speak about human beings, so that when they interact with a reductionist understanding of the human person, they picture and promote an impoverished image of the human condition and they are bound to result in a society of strangers”. In questo senso pare anche P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2004, pag. 142 e ss., quando parlando della Carta di Nizza individua quale soggetto destinatario dei diritti *ivi* enunciati “un individuo *astratto*, dove l'aggettivo italiano è portatore perfetto del preciso significato contenuto nel latino *abs-tracuts*, e cioè *estratto* dal suo contesto storico, isolato nella sua carnalità storica rappresentata soprattutto dalla sua socialità” (pag. 148, corsivi nel testo). F. Pizzolato, *Finalismo dello stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, cit., pagg. 169-170, evidenzia che “poiché la preminente cultura individualistica rifiuta l'incanalamento normativo delle modalità di esercizio dei diritti, si preferisce seguire a fornire sempre nuovi diritti agli individui, quasi fossero armi, utili a contrastare l'uso che altri fanno dei loro diritti, nell'affannosa ricerca di un equilibrio soddisfacente”. A questo proposito si vedano le acute osservazioni di A. Barbera, *La laicità come metodo*, cit., pag. 93 e ss., il quale mette in evidenza come ad una “concezione radicale della libertà” si opponga il fatto che rappresentando una “*tavola di valori*” le Costituzioni non possono “restare *neutrali* o *agnostiche* rispetto alle varie concezioni del bene presenti nella società” (pag. 95, corsivi nel testo).

<sup>303</sup> Si pensi ad esempio al caso del diritto all'autodeterminazione, che è emerso fino ad essere ascritto fra quelli inviolabili ex art. 2 Cost. grazie alle controversie in materia di responsabilità medica (cfr. da ultimo Cass. 2847/10, cit.). Per C. Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, pagg. 316 e ss., *Id.*, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, pag. 100, “la responsabilità civile, da estrema propaggine della tutela del diritto soggettivo, è divenuta istanza la più significativa e tangibile delle nuove situazioni soggettive che, al primo emergere e farsi luce, in essa hanno finito con il trovare la

In alcuni casi però si ha la sensazione che l'enunciazione del nuovo diritto e la sua qualificazione tra quelli protetti dall'art. 2 Cost. sia avvenuta non tanto per trarla dall'oblio dell'irrilevanza, quanto esclusivamente per soddisfare le regole imposte dal nostro sistema di responsabilità civile da fatto illecito - *rectius* l'integrazione dell'art. 2059 c.c. attraverso l'indicazione del diritto inviolabile offeso dalla condotta - perché quel danno nel caso di specie si voleva risarcire<sup>304</sup>. In altri termini il riconoscimento del

---

verifica della loro rilevanza". Nello stesso senso A. Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, pagg. 929 e ss.; C. Salvi, *La responsabilità civile*, Milano, 2005, pagg. 16 e ss. Secondo A. Bianchi, *Il valore dell'uomo*, in *Danno e resp.*, 2010, pag. 117, "da forma di tutela minima, il risarcimento è diventato - in misura crescente - forma di tutela unica a fronte di una quantità e varietà davvero impressionante di posizioni giuridiche che reclamano tutela. Lasciato solo a soddisfare una domanda di giustizia crescente, ed a volte stravagante, il risarcimento è stato via via caricato di attese sociali e di funzioni giuridiche che mai in passato era stato chiamato a sostenere". Da questo punto di vista allora, come evidenzia E. Lamarque, *L'attuazione giudiziari dei diritti costituzionali*, cit., pagg. 294-295, la proposta di Barbera di utilizzare quale filtro per selezionare i nuovi diritti inviolabili quello della possibilità che per la loro tutela sia possibile agire in giudizio è destinata ad un forte ridimensionamento, proprio perché grazie alla nuova lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. la responsabilità civile opera "come un trasformatore permanente di ogni aspettativa individuale in diritto soggettivo fornito di tutela giurisdizionale, in quanto basta trovare in un modo o in nell'altro un aggancio con una norma o un valore costituzionale affinché sorga immediatamente nell'individuo interessato anche il diritto ad adire un giudice per chiedere il risarcimento del danno".

<sup>304</sup> Lo rileva anche L. Nogler, *Danno non patrimoniale e rapporto di lavoro*, in *Responsabilità civile*, cit., pag. 591, quando afferma che "la strategia argomentativa utilizzata a tal fine è stata, in aderenza al capovolgimento del rapporto mezzo-fine che domina l'attuale società dei consumi, "danno centrica": prospettato il danno, il sistema deve risarcirlo anche a costo di incoerenze argomentative". Per E. Lamarque, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, cit., pag. 292 e ss., "fino a ora, comunque, [...], la giurisprudenza ha riconosciuto il risarcimento del danno non patrimoniale sulla base del combinato disposto degli artt. 2059 cod. civ. e 2 Cost. non solo in ipotesi abbastanza ragionevoli, nelle quali potrebbe anche ravvisarsi la compromissione di un diritto fondamentale, come per esempio nel caso di demansionamento o dequalificazione professionale del lavoratore, dal quale deriverebbe la lesione del «diritto fondamentale alla libera esplicazione della personalità del lavoratore anche nel luogo di lavoro, o di illegittimo prolungato ritardo del pensionamento, ma anche in ipotesi davvero strampalate, nelle quali l'aggancio con le norme costituzionali appare labile o del tutto inesistente. Sono stati così spacciati per compromissioni di diritti fondamentali dell'uomo, e risarciti a titolo di danno esistenziale oppure di danno morale in assenza di reato, e spesso come danno *in re ipsa* non bisognoso di specifica prova, fra gli altri: la lesione della libertà di decisione dell'individuo causata dal costante martellamento di volantini pubblicitari nella casella della posta del proprio condominio; la rinuncia al godimento delle attività di riposo, ricreazione e svago derivante dal *black-out* elettrico nella propria abitazione per l'intera giornata di domenica; l'incisione sulla dimensione non patrimoniale della vita di una studentessa liceale durante la preparazione dell'esame di maturità causata dalle immissioni rumorose provenienti dalla ristrutturazione dell'appartamento di un vicino; la sofferenza morale e il disagio psichico derivante a un avvocato a causa del cattivo funzionamento del centralino telefonico del proprio studio per un periodo di quattro mesi; «lo stato di stress, di nervosismo e di preoccupazione» causato dalla «indifferenza e insensibilità» dimostrata dalla Telecom nei confronti delle ripetute richieste di assistenza all'installazione di un modem; l'impatto negativo sulla qualità della vita di una persona in giovane età derivante dall'emissione nei suoi confronti di decreti ingiuntivi del tutto ingiustificati per importi non indifferenti; il patema d'animo sofferto da un acquirente di un immobile a causa del comportamento del notaio che aveva ommesso di verificare l'assenza di trascrizioni sull'immobile, poi risultate esistenti; la compromissione delle attività realizzatrici della persona causata

diritto è stato occasionato dal pregiudizio e non viceversa<sup>305</sup>. Tale dinamica sembra avere la medesima origine di quel fenomeno che, favorito dalla struttura del *Tort of Negligence* in cui non rileva l'interesse leso bensì la condotta *non iure*<sup>306</sup>, in *Common Law* è più risalente nel tempo ed è stato battezzato col nome di “*the blame culture*”, in base al quale “*for every mischance in an accident-prone world someone solvent must be liable in damages*”<sup>307</sup>.

Ora, al di là della Manica questa tendenza è stata oggetto di un documento della *Better Regulation Task Force*<sup>308</sup> e ha portato, ad esempio, all'emanazione nel 2006 del *Compensation Act*<sup>309</sup>, con il quale tra l'altro si sono fornite ai giudici indicazioni sui fattori da tenere in considerazione in fase di giudizio. Diversamente nel nostro ordinamento la giurisprudenza è intervenuta affidandosi alla categoria della tipicità che abbiamo chiamato «a previsione generale rinforzata» e ha mostrato di non avere come preoccupazione esclusiva quella di adattare il sistema alle nuove sollecitazioni di stampo individualistico quando ha richiamato il “dovere della tolleranza che la convivenza impone (art. 2 Cost.)”<sup>310</sup>. Se il principio di solidarietà è in grado di istituire il filtro della «gravità della lesione» e quello della «serietà del pregiudizio» quando ad

---

dall'anticipo dell'orario di partenza per una vacanza e dalla conseguente necessità di rinunciare al viaggio; il peggioramento della qualità della vita determinato dalle lunghe attese all'aeroporto e dal ritardato arrivo a destinazione; la perdita da parte della proprietaria di un cane investito da un'automobile della possibilità di continuare la «corrispondenza di amorosi sensi» con il suo animale domestico; «la violazione del diritto costituzionalmente garantito ad esplicare la propria personalità anche in vacanza» derivante dalla perdita dei bagagli nel viaggio di nozze”.

<sup>305</sup> Sembrano ricondurre a questa dinamica le osservazioni di C. Salvi, *La responsabilità civile*, cit., pag. 77, per il quale l'aumento delle ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale può forse trovare una spiegazione “nel peso che ha assunto nella formazione del diritto privato moderno l'egemonia culturale dell'«individualismo possessivo»”.

<sup>306</sup> Cfr. § 1.1.3.1.

<sup>307</sup> Sono parole di Lord Templeman in *Cbs Songs Ltd v. Amstrad Consumer Electronic plc* [1988] AC, pag. 1013 e ss. e riprese da Baroness Hale in *Majrowsky v. Guy's and St Thomas's NHS Trust* [2007] 1 AC 224, pag. 69, “*the fear is that, instead learning to cope with the inevitable irritations or misfortunes of life, people will look to others to compensate them from all their woes, and those others will they become unduly defensive or protective*”, entrambi citati da M. Lunney e K. Oliphant, *Tort Law. Text and Materials*, cit., pagg. 33-34. Per P.S. Atiyah, *The damages lottery*, Oxford, 1997, pag. 138, tale tendenza prenderebbe due forme “*first, [...] others are responsible for taking the necessary precautions to prevent accidents or misfortune occurring and, secondly, [...] it is the responsibility of others to take the necessary financial steps (by insurance or otherwise) to safeguard the against loss when these misfortune strike*”.

<sup>308</sup> *Better Routes to Redress*, London, 2004, disponibile anche in [www.brta.gov.uk](http://www.brta.gov.uk). Si veda anche la risposta del Governo inglese in [www.justice.gov.uk](http://www.justice.gov.uk).

<sup>309</sup> Cfr. [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk).

<sup>310</sup> Cass. Sez. Un. 26972/08, cit., n. 3.11.

essere offesi sono diritti inviolabili della persona<sup>311</sup>, *a fortiori* sembra presentarsi ragione sufficiente per negare *tout court* la risarcibilità del danno non patrimoniale<sup>312</sup> quando il valore uomo non sia stato intaccato perché la lesione di uno di questi ultimi manca<sup>313</sup>.

---

<sup>311</sup> Su cui cfr. le diverse posizioni di E. Navarretta, *Danno non patrimoniale e responsabilità extracontrattuale*, cit., pag. 36 e ss.; C. Castronovo, *Danno esistenziale: il lungo addio*, cit., pag. 124, e P. Ziviz, *La scivolosa soglia dei diritti inviolabili*, cit., pagg. 1302-1303.

<sup>312</sup> Se la lesione integra il requisito dell'ingiustizia ex art. 2043 c.c. infatti il risarcimento dell'ammacco economico sarà garantito, il che mostra una minor - non assente come evidenza fra gli altri C. Scognamiglio, *Le mobili frontiere della risarcibilità del danno non patrimoniale*, disponibile su [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), pag. 13 e ss. - capacità d'incidenza del dovere di solidarietà, *rectius* nel caso di specie della distribuzione della perdita, nella selezione delle ipotesi di risarcibilità del danno economico rispetto a quello non patrimoniale che probabilmente trova ragione nella diversa funzione cui sono preposte le due figure: il primo ha infatti un vero e proprio fine compensativo, cioè rimettere il danneggiato nella stessa situazione in cui era prima dell'illecito, mentre il secondo uno scopo solidaristico-satisfattivo, il cui intento è riparare il torto nell'ottica però di un contesto improntato al principio di solidarietà che risponde a logiche diverse. Per tale differenziazione cfr. su tutti C. Salvi, *La risarcibilità civile*, cit., pag. 34 e ss., ed E. Navarretta, *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 37 e ss.

<sup>313</sup> Per C. Scognamiglio, *Le mobili frontiere della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit., pag. 15, "la regola della irrilevanza del danno non serio può, dunque, essere condivisa, ed anzi, in prospettiva, generalizzata, seguendo lo schema della sopra menzionata *de minimis rule*, sulla base della considerazione che, se l'istituto della responsabilità civile è funzionale alla riallocazione di perdite, che si tratti di perdite di utilità patrimoniali o di utilità personali di vita, queste debbono poter essere apprezzate come tali secondo un metro di valutazione dotato di un grado apprezzabile di oggettività, normativa e sociale: diversamente, il diritto cesserebbe di espletare la funzione relazionale che gli è propria, refluendo, invece, nell'ambito di una idiosincratia soggettività". Secondo L. Nogler, *La «deriva» risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili del lavoratore dipendente*, in *Quad. dir. lav.*, 2006, pag. 85, per la risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali "c'è un limite della tolleranza civile [...] il quale risponde probabilmente alla logica, imprescindibile dell'ambito privatistico, del bilanciamento degli interessi contrapposti. Il tutto per evitare di essere «più protetti ma meno liberi». In quest'ottica sembrano potersi richiamare le parole di L. Mengoni, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, cit., pagg. 145-146, che attribuisce al principio di solidarietà ex art. 2 Cost. una dimensione collettiva: "«farsi carico» nell'esercizio di un diritto individuale di libertà, anche del bene comune, almeno nel senso minimale — spiegato dall'art. 41, comma 2, con riguardo all'esercizio della libertà di iniziativa economica — di non perseguire il proprio interesse individuale in contrasto con l'utilità sociale e con l'interesse generale al rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana. [...] Intesa in questi termini, la solidarietà è non tanto una virtù morale, che si esplica nei rapporti interindividuali con atti personalizzati nei confronti di singole persone in situazioni determinate, quanto un principio giuridico oggettivo complementare del principio di uguale trattamento enunciato nell'art. 3. L'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge non è completa se non viene integrata dal dovere solidale di tutti di sobbarcarsi, in proporzione delle proprie possibilità, al peso comune costituito dai costi dello stare insieme in società".

## **CAPITOLO II.**

### **Il danno non patrimoniale da inadempimento**

Finora l'indagine ha riguardato la disciplina del danno non patrimoniale causato da un illecito di natura extracontrattuale, tuttavia negli ultimi tempi sempre con maggior frequenza viene in rilievo l'ipotesi in cui pregiudizi di carattere non economico sono invece la conseguenza della violazione di un rapporto obbligatorio.

Anche la giurisprudenza ha espressamente trattato la questione indicando una soluzione<sup>314</sup> di cui si darà conto nel proseguo e in merito alla quale, come già accennato, è sorto un vivace dibattito teso a saggiarne la bontà e, da parte di alcuni, ottenerne il superamento.

In questo caso il dato positivo si presenta differente rispetto alle ipotesi di responsabilità aquiliana: lì il legislatore ha disciplinato espressamente il danno non patrimoniale, laddove negli artt. 1218 e ss. tale pregiudizio nemmeno è menzionato. Il compito dell'interprete si presenta quindi ancor più impegnativo, costretto com'è, vista la lacuna, ad individuare una soluzione basandosi su argomentazioni di natura essenzialmente sistematica.

---

<sup>314</sup> Cass. Sez. Un. 26972/08, cit., n. 4 e ss.

## 2.1. L'OBBLIGAZIONE FRA PRESTAZIONE E INTERESSI DEL CREDITORE

In quest'ottica sembra utile iniziare concentrandosi sulla struttura del rapporto obbligatorio in modo da poter comprenderne appieno i connotati e verificarne la compatibilità con l'istanza sempre più pressante di tutela risarcitoria dei pregiudizi non patrimoniali causati dalla mancata esecuzione della prestazione.

### 2.1.1. Il modello proprietario del rapporto obbligatorio

Al diritto romano antico era sconosciuta la categoria generale dell'obbligazione<sup>315</sup> e bisognerà attendere le Istituzioni di Giustiniano per trovarne una definizione unitaria e di carattere generale<sup>316</sup>, ma per l'elaborazione di una vera e propria teoria generale bisognerà attendere il XIX secolo e l'opera di Friedrich Karl von Savigny, *Das Obligationenrecht*<sup>317</sup>.

Come noto, il fondatore della Scuola storica, nel tentativo di costruire un sistema del diritto privato omogeneo, elaborò il concetto di rapporto obbligatorio basandosi sul prototipo dei diritti patrimoniali, vale a dire la proprietà. In quest'ottica egli lo definì "come una signoria sopra una persona; ma non sulla sua totalità (poiché in questo caso ne resterebbe soppressa la personalità), ma sopra singoli atti della medesima che vengono concepiti come sottratti alla sua libertà e assoggettati al nostro volere"<sup>318</sup> e proprio tale parallelismo, più volte esplicitato dallo stesso Savigny<sup>319</sup>, sembrerebbe alla base dell'affermazione per cui "l'oggetto

---

<sup>315</sup> Secondo B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972, pag. 337 e ss. e U. Brasiello, voce «Obbligazione (Diritto romano)», in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1965, pag. 555 e ss. sussistevano tutt'al più singole figure di *obligationes*. Dubita dell'origine giustiniana G. Falcone, "Obligatio est iuris vinculum", Torino, 2003, pag. 10 e ss.

<sup>316</sup> *Inst.*, 3, par. 13: "*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*".

<sup>317</sup> Berlino, 1851-1853, tradotto in italiano da G. Pacchioni, *Le obbligazioni*, Torino, 1912-1915.

<sup>318</sup> F.C. Savigny, *Le obbligazioni*, cit., pag. 4.

<sup>319</sup> Ad esempio *ivi*, pag. 5, dove, qualificando la possibilità da parte del creditore di ottenere la prestazione in via coattiva come "elemento subordinato" rispetto alla prestazione, afferma che "nell'obbligazione infatti, come in qualsiasi altro rapporto giuridico, lo stato fisiologico o normale consiste nel libero riconoscimento e adempimento del diritto, di modo che la coazione e l'azione che servono a combattere il disconoscimento del diritto, il torto, non possono venir considerate come mezzi per eliminare uno stato di cose non naturale (c). Allo stesso modo l'essenza della proprietà consiste principalmente nella signoria illimitata ed esclusiva di una persona sopra una cosa, e si deve considerare

dell'obbligazione consiste in singoli atti di una persona, che vengono separati dalla sua libertà, e sottoposti ad una volontà estranea: e cioè dunque in prestazioni del debitore"<sup>320</sup>. In altri termini, la decisione di modellare il rapporto obbligatorio sullo schema del diritto reale non poteva che portare ad individuare la prestazione quale bene oggetto esclusivo dell'obbligazione<sup>321</sup>, astrazione questa ben più sostenibile quando si ritiene che vera prestazione si ha effettivamente solo quando essa consiste in un *dare* o in un *facere*, perché l'ipotesi in cui il comportamento dovuto consiste in un'omissione "può essere considerata come comprendente casi rari e secondari"<sup>322</sup>.

Le affinità coi diritti reali non si limitavano però al solo "aspetto del dominio (del creditore) sull'*atto-prestazione* del debitore"<sup>323</sup>, ma si estendevano anche al contenuto dell'obbligazione stessa, il quale, essendo economicamente stimabile, in caso di inadempimento permetteva il cambiamento "dell'obbligazione in proprietà del danaro"<sup>324</sup>.

Da questi pur brevi richiami sembra evincersi che nel sistema del giurista tedesco l'obbligazione riguardava essenzialmente il settore degli interessi patrimoniali, tanto è vero che egli stesso, per distinguerla dai rapporti di famiglia, precisato come la prima avesse "veramente maggiore affinità colla proprietà, poiché il patrimonio, che abbraccia queste due specie di rapporti, costituisce una estensione del potere dell'individuo oltre i suoi limiti naturali"<sup>325</sup>, mentre i secondi fossero "destinati al completamento dell'individuo per se stesso incompleto"<sup>326</sup>, concludeva affermando che "il diritto di famiglia si avvicina quindi, più del diritto patrimoniale, ai così detti

---

come accidentale la manifestazione di questa signoria nella forma della rivendica contro chi l'abbia violata", ovvero, pagg. 15-16, "la proprietà e l'obbligazione hanno, come elemento, comune la signoria di una persona sopra un lembo di mondo esteriore, onde è che esse costituiscono insieme il diritto patrimoniale, del quale sono le parti coordinate, essendo nel diritto di obbligazione contenuto il principio unitario, e nel diritto di proprietà, il principio separatista del diritto patrimoniale". Ma già si veda *Id.*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlino, 1840-1847, tradotto da V. Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1886, pag. 335 e ss.

<sup>320</sup> *Ivi*, pag. 274.

<sup>321</sup> In questo senso sembra anche A. Di Majo, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, pag. 6.

<sup>322</sup> F.C. Savigny, *Le obbligazioni*, cit., pag. 275.

<sup>323</sup> A. Di Majo, *Obbligazioni in generale*, cit., pag. 6, corsivi nel testo. Nello stesso senso già L. Mengoni, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, ora in C. Castronovo - A. Nicolussi - A. Albanese (a cura di), *Scritti, II, Obbligazioni e negozio*, Milano, 2011, pag. 54 e ss.

<sup>324</sup> F.C. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., pag. 342.

<sup>325</sup> *Ivi*, pag. 346.

<sup>326</sup> *Ibidem*.



diritti innati: e, come questi sono stati di sopra affatto esclusi dal campo del diritto positivo, della famiglia deve dirsi che è sottoposta solo in parte al dominio del diritto, mentre invece il patrimonio vi soggiace in modo completo ed esclusivo”<sup>327</sup>.

Paradossalmente la costruzione del giurista tedesco sembra trovare un valido precedente nell’impostazione del *Code civil* e una smentita in quella del BGB. Mentre infatti quest’ultimo, probabilmente a seguito delle osservazioni della Scuola pandettistica<sup>328</sup>, presenta una netta distinzione fra Diritto delle obbligazioni (libro II) e il Diritto sui beni (libro III)<sup>329</sup>, nel primo, sulla scia anche dell’insegnamento di *Pothier* - “un fatto per essere materia di obbligazione civile [...] deve essere tale che lo stipulante vi abbia un interesse apprezzabile in denaro”<sup>330</sup>, perché diversamente quando l’interesse è di “giusta affezione”<sup>331</sup> l’obbligazione è valida “secondo il diritto di natura”<sup>332</sup> -, la disciplina del rapporto obbligatorio venne “inglobata nel sistema della proprietà e dei suoi modi di acquisto”<sup>333</sup>.

Quest’ultima fu peraltro la struttura adottata anche dal codice civile italiano del 1865<sup>334</sup>, ove appunto la materia delle obbligazioni era disciplinata all’interno del libro III, rubricato «Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose», e l’art. 1116 prevedeva che “le sole cose che sono in commercio possono formare oggetto del contratto”<sup>335</sup>. L’obbligazione anche nel nostro ordinamento costituiva quindi niente più che “un modo di acquisto della proprietà”<sup>336</sup>.

---

<sup>327</sup> *Ibidem*.

<sup>328</sup> Così A. Di Majo, *Obbligazioni*, cit., pag. 25 e ss.

<sup>329</sup> Per K. Zweigert - H. Kötz, *Introduzione al Diritto Comparato*, cit., pag. 179, “questa distinzione promuove certamente la chiarezza di pensiero, ma ha anche come conseguenza che alcune transazioni, che da un punto di vista reale si presentano in modo unitario, vengano disciplinate da norme contenute in distinte parti del codice, mentre delle norme che nel codice si trovano vicine disciplinano distinti problemi concreti”.

<sup>330</sup> R.J. Pothier, *Traité des obligations*, Parigi, 1761, tradotto da M. Dupin, *Trattato delle obbligazioni*, Livorno, 1841, pag. 99.

<sup>331</sup> *Ibidem*.

<sup>332</sup> *Ibidem*.

<sup>333</sup> A. Di Majo, *Obbligazioni*, cit., pag. 23.

<sup>334</sup> A proposito dei rapporti di derivazione del nostro primo codice civile unitario dal *Code* cfr. le osservazioni e gli autori citati al § 1.1.1.1.

<sup>335</sup> Su cui cfr. le osservazioni di Q. De Vincentiis, *Della patrimonialità della prestazione nelle obbligazioni contrattuali*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, Napoli, 1906, pag. 356 e ss. Evidenzia il fatto che tale norma veniva intesa, seppur in virtù di una confusione di piani, nel senso che l’obbligazione dovesse rispondere ad esigenze di natura strettamente economica M. Giorgianni, voce «Obbligazione (diritto privato)», in *Nov. Dig. It.*, 1965, pag. 584. A questo proposito A. Di Majo, *Obbligazioni*, cit., pag. 245,

### 2.1.2. La sistematica del c.c. del 1942 e la novità dell'art. 1174

Già nel 1870 Oreste Regnoli aveva mosso delle critiche al sistema costruito da Savigny proprio con riferimento alla configurazione in termini di «dominio» del rapporto obbligatorio<sup>337</sup>. In particolare secondo il Professore bolognese per definire l'obbligazione andrebbe analizzata non tanto la sua fase patologica - “quando cioè il debitore sia riluttante all'esecuzione”<sup>338</sup> -, quanto piuttosto il momento del “suo formarsi e nel normale suo modo d'essere”<sup>339</sup>, dove anziché “offesa alla libertà di colui che si volle obbligare”<sup>340</sup>, l'obbligazione si presenta come “una diretta conseguenza dell'esercizio della libertà dell'uomo”<sup>341</sup>. Tuttavia non si può tacere il fatto che, ancora nei primi anni del XX secolo, il parallelismo coi diritti reali rappresentava una solida base su cui sviluppare il discorso sulle obbligazioni, tanto è vero che esso costituì il substrato da cui F. Carnelutti<sup>342</sup> attinse per proporre una rielaborazione della teoria patrimoniale.

---

afferma che “si può dunque parlare di un indirizzo «patrimonialistico» della tradizione francese”. Va tuttavia segnalata la posizione di V. Polacco, *Le obbligazioni*, Roma, 1915, pag. 197 e ss., per il quale “quando diciamo [...] che l'oggetto della prestazione deve essere valutabile in denaro, non si vuol significare per nulla ch'esso debba mirare direttamente ad un vantaggio patrimoniale del creditore, ad un aumento effettivo dei suoi beni economici. Basta ch'esso sia tale, lo diremo con l'Arndts, che il suo adempimento possa formare oggetto di una domanda giudiziaria e di una condanna del debitore *per ciò*, che il creditore possa trarre un diritto patrimoniale dall'inadempimento, e come ristoro di esso” (pag. 199, corsivi nel testo).

<sup>336</sup> M. Giorgianni, voce «Obbligazione (diritto privato)», cit., pag. 582, corsivi nel testo.

<sup>337</sup> O. Regnoli, *Delle obbligazioni secondo il codice civile italiano: temi d'esame compilati da alcuni studenti dell'ultimo anno di giurisprudenza sui principi svolti nelle lezioni del Prof. Oreste Regnoli*, Bologna, 1870, pag. 11 e ss.

<sup>338</sup> *Ivi*, pag. 13.

<sup>339</sup> *Ibidem*.

<sup>340</sup> *Ibidem*, corsivi nostri.

<sup>341</sup> *Ibidem*. Nello stesso senso, seppur non in un'ottica critica nei confronti di Savigny, cfr. E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, pag. 5-6, “nella esigenza di cooperazione fra consociati si rinviene, [...], la chiave con la quale il giurista deve cercare di intendere l'istituto dell'obbligazione, considerandolo nella sua funzione economico-sociale. [...] In pochi altri campi si avverte come in questo che l'intelligenza della struttura giuridica postula una considerazione teleologica dei rapporti e una valutazione comparativa degli interessi tenuti in conto dal diritto”.

<sup>342</sup> F. Carnelutti, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1915, pag. 525 e ss., il quale afferma che “il concetto di cooperazione implica da parte del cooperante piuttosto una *attitudine passiva* che una *attitudine attiva*; agisce chi si serve di mezzi altrui, patisce chi gli consente che se ne serva” (pag. 528, corsivi nel testo).

Col passare del tempo le critiche divennero però sempre più frequenti<sup>343</sup> e la struttura del codice civile del 1942 sta a dimostrare il loro accoglimento da parte del legislatore. Con esso l'impianto sistematico venne a ribaltarsi: le obbligazioni da ipotesi peculiari di modo d'acquisto della proprietà inserite nella disciplina dedicata ai contratti assunsero il ruolo di categoria generale in cui il contratto rappresenta solo una fra le possibili fonti dalla quale un rapporto obbligatorio può sorgere<sup>344</sup>. Con ciò non che il rapporto fra obbligazione e proprietà fosse venuto meno - anche nel nuovo codice "l'acquisto della proprietà deve «appoggiarsi» alla esistenza di una obbligazione, sia essa contrattuale o legale"<sup>345</sup> -, ma si assestò ad un livello, per così dire, paritario<sup>346</sup>.

Un tale processo fu reso possibile dal cambiamento di prospettiva attraverso il quale il rapporto obbligatorio iniziò ad essere considerato: non più assolutizzando la posizione del debitore, bensì tenendo nella debita considerazione anche il lato attivo del rapporto. Ad esempio si incominciò a mettere in luce che a differenza dei diritti reali dove "il diritto si esplica nel suo esercizio direttamente sulla cosa che ne forma l'oggetto e che presta al titolare l'utilità economica da lui propositasi"<sup>347</sup>, nel rapporto obbligatorio invece "l'utilità cui mira il creditore gli dev'essere procurata dall'opera di un'altra persona, cioè dalla prestazione del debitore"<sup>348</sup>. Ancor più in là si spinse un

---

<sup>343</sup> Se ne veda un'approfondita analisi in V. Polacco, *Le obbligazioni*, cit., pag. 22 e ss., il cui pensiero è intuibile già dalla rubrica del titolo I della Parte prima della sua opera: "L'obbligazione in antitesi e in rapporto ai diritti reali".

<sup>344</sup> Per M. Giorgianni, *La «parte generale» delle obbligazioni a 50 anni dall'entrata in vigore del codice civile*, in *Contr. e impr.*, 1993, pag. 482, la sistematica del c.c. 1865 corrispondente "all'idea, legata all'economia dell'epoca, per cui l'obbligazione - anche di *facere* - ed il contratto avevano la funzione di trasmettere o fare acquistare la proprietà sulle cose" venne abbandonata dal c.c. del 1942 laddove quest'ultimo "ad imitazione del B.G.B., ed anzi migliorandone la sistematica - ha nettamente distinto le obbligazioni dalle sue fonti, introducendo nel Libro IV una «parte generale» delle obbligazioni". Per la verità anche nell'art. 1097 del c.c. del 1865 il contratto veniva indicato quale una tra le possibili fonti dell'obbligazione, tuttavia la sistematica del codice, come accennato, tradiva poi un apprezzamento della categoria ben più riduttiva.

<sup>345</sup> A. Di Majo, *Obbligazioni*, cit., pag. 36.

<sup>346</sup> A questo proposito, *ivi*, pag. 37 e ss.

<sup>347</sup> V. Polacco, *Le obbligazioni*, cit., 23.

<sup>348</sup> *Ibidem*. Tali argomentazione furono poi riproposte anche da E. Betti, *Teoria generale dell'obbligazione*, cit., pagg. 10-11, secondo il quale "la differenza essenziale intercorrente tra il problema pratico del rapporto di diritto reale ed il problema pratico del rapporto di obbligazione" si chiarisce ove si rammenti che "nell'un caso si tratta di attribuire dei beni a talun consociato e di escludere correlativamente gli altri: vi è, quindi, un rapporto di appartenenza e di correlativa esclusione;

altro autore, il quale, ritenuta la categoria dei diritti reali “infruttuosa per la costruzione dell’obbligazione”<sup>349</sup>, propose, rielaborando e correggendo le tesi di Gustav Hartmann<sup>350</sup>, una nozione di obbligazione non più appiattita esclusivamente sull’obbligo di prestazione, ma inclusiva anche del risultato “da prodursi mediante l’atto”<sup>351</sup>, quale termine finalisticamente inteso. In altre parole nella struttura del rapporto obbligatorio sono presenti entrambi i suddetti elementi - rispettivamente qualificabili il primo «contenuto» dell’obbligazione, mentre il secondo suo «oggetto»<sup>352</sup> -, i quali sono fra loro in un rapporto di «correlatività funzionale»<sup>353</sup>, perché “l’obbligo si consuma soltanto se il comportamento del debitore «si scarica» nel risultato, previsto dalla norma, e assegnato come oggetto del diritto del creditore; altrimenti il vincolo rimane (per intanto) fermo, a meno che lo scopo non sia divenuto definitivamente impossibile”<sup>354</sup>.

Ora, evidentemente al centro di questa costruzione sta la valorizzazione del concetto di «scopo dell’obbligazione», inteso però non quale interesse in senso soggettivo che il creditore intende soddisfare, bensì come obiettivizzazione di quest’ultimo nella “funzione giuridicamente essenziale del comportamento dovuto”<sup>355</sup>. Apprezzato in quest’ottica esso, pur non essendo “compreso, come tale, nella materia dell’obbligo”<sup>356</sup>, rappresenta però “un elemento della fattispecie obbligatoria”<sup>357</sup>.

---

nell’altro si tratta di risolvere un problema di cooperazione nel caso di rapporti giuridici aventi per fonte un contratto, ovvero di compensare le conseguenze lesive di un atto illecito”.

<sup>349</sup> L. Mengoni, *L’oggetto dell’obbligazione*, cit., pag. 62.

<sup>350</sup> G. Hartmann, *Die Obligation: Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlagen, 1875.

<sup>351</sup> L. Mengoni, *L’oggetto dell’obbligazione*, cit., pag. 80.

<sup>352</sup> *Ivi*, pag. 84.

<sup>353</sup> *Ibidem*, “la correlatività funzionale dei due termini del rapporto obbligatorio appartiene all’essenza dell’obbligazione: negarla significa corrompere il concetto di rapporto giuridico, in cui (fuor di metafora) si risolve il *vinculum iuris*, significa in definitiva, ancora una volta, assumere l’oggetto del diritto di credito in un senso parallelo all’oggetto dei diritti reali, i quali solo di nome sono figure di rapporti giuridici”.

<sup>354</sup> *Ivi*, pag. 86.

<sup>355</sup> *Ivi*, pag. 82. A questo punto Mengoni chiarisce i termini del rapporto fra obbligazione e diritto reale osservando che “possiamo anche dire che oggetto del diritto di credito è il bene, che il comportamento obbligatorio tende a procurare. Ma il bene, su cui verte l’obbligazione, è una categoria affatto diversa da quella dell’art. 810. Essa introduce un parallelismo puramente nominale con i diritti reali [...]. Nell’obbligazione di consegnare un quadro, oggetto del diritto di credito non è il quadro come tale, cioè una cosa, ma piuttosto il risultato (da realizzare) consistente nell’acquisto del possesso o della detenzione del quadro” (pag. 83).

<sup>356</sup> *Ivi*, pag. 76.

<sup>357</sup> *Ivi*, pag. 82.

A questo proposito l'art. 1174 c.c. - una novità rispetto al precedente codice civile<sup>358</sup> - insieme ad altre disposizioni<sup>359</sup> pare legittimare anche dal punto di vista del dato positivo una tale ipotesi dogmatica. Invero la menzione contenuta in tale norma all'interesse cui la prestazione, comunque suscettibile di valutazione economica, deve corrispondere - "concetto ben diverso da quello di «soddisfazione dell'interesse del creditore», intesa come adempimento della prestazione"<sup>360</sup> - pare effettivamente rappresentare il superamento della concezione per cui l'obbligazione coincide col solo obbligo di prestazione a favore di una costruzione del rapporto obbligatorio la quale, nel momento in cui richiede la presenza di un interesse creditorio cui la prestazione deve essere finalizzata<sup>361</sup>, non può che presupporre la rilevanza del risultato da ottenere attraverso di essa.

Ma vi è di più. Il legislatore del 1942 finisce per rinnegare l'impostazione del vecchio codice anche per quanto riguarda la natura dell'interesse cui la prestazione deve

---

<sup>358</sup> Come visto nella vigenza del c.c. del 1865 veniva menzionato l'art. 1116 ("le sole cose oggetto che sono in commercio possono formare oggetto di contratto"), il quale però nulla dicendo circa l'interesse cui l'obbligazione deve corrispondere legittimava la soluzione della questione nel senso della tradizionale concezione patrimonialistica francese cui si è accennato in precedenza.

<sup>359</sup> L. Mengoni, *L'oggetto dell'obbligazione*, cit., pag. 69 e ss.

<sup>360</sup> G. Cian, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione (Valore normativo dell'art. 1174 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1968, pagg. 198 e ss., 221 e ss., il quale, premesso che per «esecuzione della prestazione» deve intendersi la ««modifica» della realtà in cui deve sfociare il comportamento volontario, oppure al «tipo» di atti in cui quest'ultimo deve concretarsi» (pag. 202), sottolinea come "l'interesse del creditore non si identifica con detti accadimenti, ma esprime invece la relazione intercorrente tra essi e il bisogno di tale soggetto". Si pensi alla compravendita di un cesto di ortaggi: il risultato oggetto del diritto di credito dell'acquirente è il trasferimento della proprietà di quel bene, mentre l'interesse ex art. 1174 c.c. cui tale modifica della realtà è finalizzato potrebbe essere il desiderio di cibarsene, l'utilizzo quale modello per un dipinto, ovvero la volontà di donarlo a terzi.

<sup>361</sup> La dottrina dibatte circa la natura tipico - astratta ovvero individuale - soggettiva di tale interesse: nel primo senso, ad esempio, E. Betti, *Teoria generale dell'obbligazione*, cit., pag. 58, "la formola [...] dell'art. 1174 va intesa nel senso che la prestazione deve essere oggettivamente idonea a soddisfare un interesse tipico del creditore, in quel particolare tipo di rapporto obbligatorio; interesse, quindi, che non si identifica in quello concreto e individuale del singolo creditore, ma nel particolare interesse che è proprio del tipo di rapporto costituito" (corsivi nel testo), così come per L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1948, pag. 57, "del problema la soluzione deve essere impostata nel senso di un interesse tipico, per la necessaria tutela della stabilità dei rapporti giuridici e dell'aspettativa da riconoscersi al debitore, specialmente quando [...] egli sia a sua volta creditore", nel secondo senso invece sembrano ad esempio G. Cian, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, cit., *passim*, ad es. quando afferma che il rilievo dell'interesse ex art. 1174 c.c. "dipenderà dai principi inerenti l'errore sui motivi, o al motivo illecito, oppure, in determinate ipotesi del venir meno del medesimo interesse, dal contenuto del regolamento negoziale di cui trattasi (problemi della *objektive Geschäftsgrundlage*), o infine, se nella misura in cui li si vuole ammettere, dai principi sull'abuso di diritto, o, per determinati rapporti, da esplicite o implicite previsioni normative" (pag. 220), e L. Mengoni, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, IV, Bologna, 1953, ora in *Obbligazioni e negozio*, cit., pag. 121.

corrispondere. Non del tutto immune dalle sollecitazioni provenienti dalla scuola pandettistica<sup>362</sup>, infatti, esplicitamente dà rilevanza anche all'ipotesi in cui questo sia di natura non patrimoniale, così marcando, almeno dal punto di vista letterale, una notevole differenza rispetto all'obbligazione funzionale alla soddisfazione dei soli interessi patrimoniali ed estranea a quelli «innati»<sup>363</sup>.

### **2.1.3. (segue) Il persistente carattere patrimoniale dell'obbligo di prestazione. Gli artt. 1223 e 1225 c.c.**

È stato detto che l'art. 1174 rappresenterebbe una disposizione non "immune da retorica"<sup>364</sup>, perché il tentativo, esplicitato nella Relazione al codice, di nobilitare la materia delle obbligazioni "alle più alte idealità" non è stato in grado di "far dimenticare che l'obbligazione è la forma giuridica che assume lo *scambio di beni o servizi*"<sup>365</sup>. In effetti tale giudizio, a ben guardare, sembra trovar conferma nel testo della norma nel punto in cui essa stessa definisce oggetto dell'obbligazione la sola prestazione, ma non invece l'interesse cui questa deve corrispondere e, così facendo, pare escludere che quest'ultimo entri per se medesimo a far parte della struttura dell'obbligazione<sup>366</sup>. Invero ad intendere il riferimento alla "prestazione che forma oggetto dell'obbligazione" non in senso stretto, ma comprensivo anche del risultato in

---

<sup>362</sup> Cfr. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*<sup>9</sup>, a cura di Kipp, Frankfurt, 1906, tradotto in italiano a cura C. Fadda e P.E. Bensa, *Diritto delle pandette*, Torino, 1925, § 250, nota 3, pag. 5, "pel diritto moderno può quindi venire stabilito il principio, che ad un diritto di credito, nel resto giuridicamente sussistente, non può venire ruscato il riconoscimento, perché la prestazione, alla quale esso tende, non ha valore pecuniario per il debitore. [...] Il giudice non eccederà le sue facoltà, se ricusa la sua assistenza in tutti i casi, in cui il credito ha per base un semplice capriccio, ed accorda la sua assistenza solo quando il credito fatto valere è l'espressione di un interesse legittimo secondo il suo apprezzamento. Ma se io p. es. mi fo promettere dal mio vicino, che esso tralasci un suono di pianoforte, che mi disturba nei miei lavori, si vorrà allora accordare al mio vicino la libertà di rompere impunemente il contratto?".

<sup>363</sup> Si tratta della formula usata da C.F. Savigny, *Le obbligazioni*, cit. pag. 346, per indicare i diritti altri da quelli afferenti al patrimonio cui si è accennato al § 2.1.1.

<sup>364</sup> A. Di Majo, *Obbligazioni*, cit., pag. 242.

<sup>365</sup> *Ibidem*, corsivi nel testo. Per G. Cian, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, cit., pag. 225, "il punto della presenza dell'interesse, che trovò espressione nel termine «deve», traeva alimento più da considerazioni generali, ispirate ad una visione non meramente formalistica del diritto, che da una cosciente presa di posizione sui problemi che l'enunciazione di una regola siffatta comporta".

<sup>366</sup> C. Castronovo, *Il danno biologico*, cit., pag. 35, parla di "totale autonomia strutturale della prestazione rispetto all'interesse; autonomia che non può essere obliterata, ma anzi è confermata dal porsi della prestazione in funzione dell'interesse che originariamente la sollecita".

vista del quale il comportamento dovuto si determina<sup>367</sup>, dal punto di vista strutturale nulla più sembra necessario per la costruzione del rapporto obbligatorio e l'interesse che ha mosso il creditore ad ottenere il diritto a quella prestazione vi rimane estraneo<sup>368</sup>.

---

<sup>367</sup> Per L. Mengoni, *L'oggetto dell'obbligazione*, cit., pag. 79, nota 63, "è fuori dubbio che l'art. 1174 intende per «prestazione» non la semplice attività del debitore, ma un'attività seguita da un risultato di valore economico (prestazione in senso soggettivo - oggettivo)".

<sup>368</sup> Oltre al già citato G. Cian, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, cit., pagg. 203 e ss., il quale dopo aver mostrato gli esiti contraddittori cui porterebbe l'accoglimento della tesi contraria propone "un'esegesi correttiva della norma" da intendere "come richiamo sintetico" ai principi che regolano le ipotesi in cui l'interesse ex art. 1174 c.c. ha rilevanza (pag. 226), si vedano anche A. Di Majo, *Obbligazioni*, cit., pag. 258 e ss., "ad una attenta riflessione non può non risultare evidente come la disciplina dell'obbligazione sia nel senso di una previsione, in termini *oggettivi* e *formali*, delle ipotesi di estinzione del rapporto. Tanto vale dire che la carenza di interesse da parte del creditore non potrà rilevare *ex se* ma solo in quanto *presupposto di fatto* che potrà trovarsi alla base di fattispecie dalla legge previste" (pag. 262, corsivi nel testo); e L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit. pag. 149, per il quale "bisogna proprio distinguere come ha fatto oggi l'art. 1174: cioè non confondere il contenuto della prestazione con lo scopo che il creditore si propone di raggiungere con essa". F. Rolfi, *La patrimonialità della prestazione e l'interesse del creditore. Brevi note sull'art. 1174 c.c.*, in *Jus*, 2006, pag. 485 e ss., dopo aver chiarito come "l'interesse non sia da solo sufficiente a caratterizzare il rapporto obbligatorio, visto che, effettivamente, base di ogni rapporto giuridico è la tutela diretta o indiretta dell'interesse delle parti", conclude affermando che "esso, quindi, non può costituire elemento «caratterizzante» dell'obbligazione, senza tuttavia, che per questo gli si possa negare comunque un ruolo strutturale di prim'ordine. L'interesse, infatti, può svolgere una diversa, significativa, funzione di «filtro», escludendo che la fonte contrattuale (quella che, come si è visto, risulta nel concreto direttamente coinvolta dall'applicazione dai parametri di cui all'art. 1174) possa essere utilizzata in modo «inutile» per lo stesso creditore" (pag. 503). Per C. Castronovo, *Danno esistenziale: il lungo addio*, cit., pag. 125, la menzione all'interesse non patrimoniale dell'art. 1174 c.c. "intese avere soltanto la funzione di rendere chiaro che esso non era in contrasto con la natura essenzialmente patrimoniale dell'obbligazione". *Contra* M. Giorgianni, voce «Obbligazione (diritto privato)», cit., pag. 584, per il quale "nell'art. 1174 possono vedersi due statuizioni, delle quali la prima pone il principio che la prestazione deve essere valutata economicamente, e la seconda che essa deve corrispondere ad un interesse anche non patrimoniale del creditore. Le due statuizioni indicano due caratteri fisionomici dell'obbligazione, ovverosia la patrimonialità della prestazione e l'interesse del creditore", e C.M. Bianca, *Diritto civile*, IV, Milano, 1999, pagg. 42-43, per il quale "l'interesse è elemento costitutivo del rapporto obbligatorio nel senso che l'obbligazione è essenzialmente strumento di soddisfacimento dell'interesse del creditore. [...] La norma secondo la quale la prestazione *deve* corrispondere ad un interesse del creditore (1174 cc) si pone come espressione di tale principio. Una sua interpretazione riduttiva appare pertanto arbitraria" (corsivi nel testo). Le soluzioni sembrano però il frutto di una mancata distinzione fra scopo in senso oggettivo dell'obbligazione e fine soggettivo cui questa è finalizzata a soddisfare, così evidenziata da A. Di Majo, *Obbligazioni*, cit., pag. 242, "l'obbligazione è, per definizione e per natura, lo strumento che assicura la realizzazione dei valori di scambio ..., quali che poi possano essere gli scopi, i moventi, le destinazioni ulteriori cui il bene o il servizio cui aspira il creditore possano ulteriormente servire. La lezione, si è detto, anche sollecitata da un impulso generoso, prestata da un giovane fisicamente e psicologicamente impedito, assume un *valore di scambio* nella misura in cui per essa è convenuto un corrispettivo" (corsivi nel testo). Si tratta peraltro di un pericolo già avvertito da F. Filomusi - Guelfi, *Obbligazioni (Parte generale)*, Roma, 1904, pag. 310, "nella presente questione si sono spesso confusi due elementi del rapporto obbligatorio che bisogna invece tenere distinti: 1) la natura della prestazione, 2) la natura dell'interesse che spinge il creditore ad averla".

In questo senso, in un'ottica sistematica, potrebbero essere lette come eccezionali le ipotesi in cui l'interesse ex art. 1174 c.c. assume rilevanza nella dinamica del rapporto obbligatorio<sup>369</sup>. Si pensi, ad esempio, al caso dell'art. 1256, comma 2, c.c. nella parte in cui stabilisce che "l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, [...] il creditore non ha più interesse a conseguirla". In questo caso l'interesse soggettivo ex art. 1174 c.c., frustrato dall'impossibilità sopravvenuta della prestazione protrattasi per un periodo di tempo tale che questa finisce per divenire inutile per il creditore, rileva al punto che l'ordinamento prevede l'estinzione dell'obbligazione<sup>370</sup>. Se al contrario il fine cui il risultato da prodursi mediante l'adempimento è finalizzato rilevasse *tout court* saremmo dinnanzi ad una norma essa stessa "inutile" e da un certo punto di vista in contraddizione con il presunto principio generale nel momento in cui subordina la rilevanza dell'interesse soggettivo al protrarsi dell'impossibilità.

D'altra parte nel testo dell'art. 1174 c.c. «prestazione» e «interesse» cui questa deve corrispondere appaiono termini ben distinti anche sotto il profilo della natura, perché mentre quest'ultimo può anche essere non patrimoniale, la prima invece "deve essere suscettibile di valutazione economica"<sup>371</sup>. Proprio tale ultima precisazione sembra indicare inequivocabilmente che l'obbligazione può anche essere volta a

---

<sup>369</sup> Se ne veda la rassegna critica proposta da E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., pag. 55 e ss. G. Cian, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, cit., pag. 221, evidenzia come i modi "nei quali può aver rilievo la carenza dell'interesse creditorio coprono un'area sufficientemente ampia, praticamente tutti i casi in cui davvero un eccesso di formalismo giuridico sarebbe il non tenere conto della mancanza dell'interesse in questione".

<sup>370</sup> Per L. Mengoni, *Note sull'impossibilità sopravvenuta nella prestazione di lavoro*, cit., pag. 122, "in tale ipotesi, la diminuzione di valore della prestazione, a cagione del ritardo, ed eventualmente l'inutilità della stessa, in ragione del prolungarsi nel tempo dell'impossibilità, non possono essere rilevate se non in rapporto all'interesse soggettivo del creditore che è condizionato anche al tempo dell'adempimento. D'altro lato, attesa la perdurante impossibilità della prestazione, la parte colpita dalla sopravvenienza non è in grado di determinare lo scambio delle prestazioni, in funzione della realizzazione del proprio interesse. Perciò, l'essere l'obbligazione inserita in un rapporto sinallagmatico non impedisce le conseguenze logiche, in funzione del principio dell'art. 1174, della sopravvenuta inutilità soggettiva della prestazione: e difatti, l'art. 1256 dispone l'estinzione immediata dell'obbligazione, che significa, nei contratti bilaterali, risoluzione (di diritto) del contratto (art. 1463)".

<sup>371</sup> Cfr. E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., pag. 51, "la formola legislativa distingue con chiarezza fra prestazione in sé considerata, che forma oggetto dell'obbligazione, e per la quale stabilisce la necessità di essere suscettibile di una valutazione economica, e la rispondenza della prestazione stessa a un interesse, rispetto al quale la legge esplicitamente afferma che può essere anche non patrimoniale e cioè, con termine ormai corrente, puramente morale". Si veda già L. Barassi, *La teoria generale dell'obbligazione*, III, cit., pag. 176 e ss.



soddisfare ultimamente bisogni non patrimoniali, ma ciò che entra a far parte della sua struttura ed è indispensabile per la sua sussistenza è la prestazione in senso lato intesa, il cui tratto caratteristico è l'essere pecuniariamente apprezzabile<sup>372</sup>. Più in generale ciò sembra significare che l'oggetto della materia delle obbligazioni, al di là dei bisogni personali di creditore e debitore, sono i rapporti economici così come obiettivizzati nella prestazione e nel risultato dovuto<sup>373</sup>, perché laddove vengano in considerazione altre prerogative - si pensi ai rapporti di famiglia e ai doveri da essi scaturenti - tutt'al più si potrà parlare di «obblighi»<sup>374</sup>.

L'asestamento dell'obbligazione al livello degli scambi economici sembra poi trovare una conferma indiretta nella disciplina della fase patologica in cui essa può incorrere. Invero, escluso che possa venire in considerazione l'art. 1174 c.c., perché se questo non è idoneo a introdurre nella fisiologia del rapporto obbligatorio l'interesse patrimoniale o non patrimoniale cui la prestazione corrisponde, *a fortiori* non sarà in

---

<sup>372</sup> A proposito di questo requisito alcuni autori ritengono che esso venga soddisfatto sol che le parti attribuiscono a quella prestazione un valore di scambio (A. Di Majo, *Obbligazioni*, cit., pag. 247), mentre per altri occorrerebbe rifarsi al criterio più oggettivo della valutazione del contesto sociale (U. Breccia, *Le obbligazioni*, cit., pag. 49). Sulla possibilità che la suscettibilità di valutazione economica rappresenti una limitazione all'autonomia contrattuale cfr. G. Cian, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, cit., pag. 242 e ss.

<sup>373</sup> In questo senso cfr. C.A. Cannata, *Le obbligazioni in generale*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato - Obbligazioni e Contratti*, I, Torino, 2002, pag. 14, "l'interesse del creditore è bensì elemento che attiene alla azionabilità del rapporto [...], mentre il carattere patrimoniale della prestazione attiene direttamente alla possibilità che l'obbligazione sorga: si tratta di un requisito strutturale dell'obbligazione, nel senso che il meccanismo dell'*obligatio* è stato creato dalla giurisprudenza e conservato dalla tradizione come istituto attinente esclusivamente alla disciplina dei rapporti economici. Per cui la valutazione oggettiva della presenza di tale requisito si impone". Per A. Di Majo, *Obbligazioni*, cit., pag. 2, "si può dire, in sostanza, che l'enunciazione del carattere «patrimoniale» della prestazione ha la funzione di raccordare la normativa dell'obbligazione a quella realtà che è la realtà dei rapporti di mercato". Per A. Nicolussi, *L'interesse del creditore e il risultato dell'obbligazione*, in G. Capogrossi Colognesi e M.F. Cursi (a cura di), *Obligatio-Obbligazione - Un confronto interdisciplinare*, Napoli, 2011, pag. 113, "nel contratto, in definitiva, l'interesse individuale dev'essere misurato con quella che i romani chiamavano *utilitas contrahentium*".

<sup>374</sup> F. Galgano, *Le obbligazioni in generale*, Padova, 2011, pag. 7 e ss., che suggerisce tale terminologia per segnalare la differenza anche da un punto di vista lessicale fra ciò che rientra nell'ambito di applicazione delle norme sull'obbligazione e ciò che invece vi esula e per la cui disciplina, tuttavia, non sembra potersi escludere che, coi relativi accorgimenti, alcune norme relative al diritto delle obbligazioni possano venire in considerazione. Sotto la vigenza del c.c. del 1865 cfr. V. Polacco, *Le obbligazioni*, cit., pag. 99, sottolineava che la traducibilità in denaro della prestazione vale ad assicurare la distinzione fra quelle "prestazioni le quali non si possono assolutamente ricondurre né indirettamente al concetto di patrimonio o per la loro attinenza esclusiva al diritto pubblico o a quella parte di diritto civile che regola il diritto delle person". Da questo punto di vista il contributo di Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., pag. 342, se pare superato per il parallelismo con i diritti reali, rimane invece intatto per quanto riguarda il campo d'azione del diritto delle obbligazioni.

grado di assicurargli rilievo quando essa vive uno stato di sofferenza<sup>375</sup>, anche le norme precipuamente dedicate al risarcimento del danno, e in particolare quelle che qualificano il danno e la sua prevedibilità, risultano parametrize con riferimento ad un pregiudizio legato al carattere patrimoniale della prestazione.

Se è vero che il testo dell'art. 1218 c.c. nulla dice sulla natura del danno risarcibile, non si può però tralasciare il fatto che, da un lato, per quanto riguarda l'art. 1223 c.c. pare difficile negare che il lessico utilizzato - «perdita subita» e «mancato guadagno» - riecheggi l'idea di un danno economico e male invece si attagli alla categoria dei pregiudizi di natura non patrimoniale<sup>376</sup>. Dall'altro anche l'art. 1225 c.c., seppur in maniera non altrettanto inequivocabile<sup>377</sup>, nel momento in cui limita il risarcimento “al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione” sembra essere norma parametrata su di un pregiudizio la cui entità, di massima, dovrebbe essere già conosciuta dal debitore quando diviene tale<sup>378</sup>, requisito questo che se può essere

---

<sup>375</sup> Anche chi, come E. Navarretta - D. Poletti, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in *Id.* (a cura di), *I danni non patrimoniali - Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004, pag. 62, pure ammette che la norma, riconoscendo “che a fondamento del contratto possa sussistere un interesse non patrimoniale”, “contribuisce a non escludere la possibile rilevanza dei danni non patrimoniali”, conclude nel senso che essa tuttavia “non è certo sufficiente né ad affermarli né a dettare le regole di risarcibilità”.

<sup>376</sup> In questo senso F. Mastropaolo, *Il danno alla salute*, 1983, pag. 130, per il quale la norma “nel parlare di mancato guadagno e di perdita subita si riferisce al solo danno patrimoniale, non al danno nella sua interezza”, e C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., *passim*. Sembra darlo per assodato U. Breccia, *Le obbligazioni*, Milano, 1992, pag. 637, quando afferma che “possono cambiare e farsi più complesse le situazioni economico-giuridiche su cui l'inadempimento influisce in maniera negativa, ma è costante la possibilità di distinguere, almeno nella grandi linee, tra diminuzione economica in sé considerata e l'occasione di lucro perduta” (corsivi nel testo). In effetti anche sotto la vigenza del c.c. del 1865 G.P. Chironi, *La colpa nel diritto civile moderno - La colpa contrattuale*, Torino, 1897, pag. 566 e ss., aveva messo in luce che la «perdita sofferta» di cui all'art. 1227 non poteva che riferirsi ad un ammanco economico. Più di recente si vedano M. Gazzara, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2003, pagg. 49-50, “l'art. 1223 [...] nel parlare di guadagno mancato e di perdita subita si riferisce al solo danno patrimoniale, non al danno nella sua interezza”, e M. Barcellona, *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 87.

<sup>377</sup> Perché in effetti la norma, presentandosi di per sé neutra rispetto alla qualificazione del pregiudizio a differenza dell'art. 1223 c.c. in cui il testo è informato alla patrimonialità di questo, potrebbe essere intesa come disposizione che sul presupposto che l'inadempimento obbliga al risarcimento anche del danno non patrimoniale nel limita però la tutela a quello prevedibile. In questo senso F. Tescione, *Il danno non patrimoniale da contratto*, cit., pagg. 101 e 254, nota 174.

<sup>378</sup> Per G. Villa, *Danno e risarcimento contrattuale*, in V. Roppo (a cura di), *Trattato del contratto*, Milano, 2006, pag. 927, “la funzione della norma è quella di consentire a chi assuma l'obbligo di poter valutare i rischi dell'operazione economica e, quindi, anche il carico risarcitorio a cui sarebbe esposto qualora non fosse in grado di adempiere”. A. Gnani, *Sistema della responsabilità civile e prevedibilità del danno*, Torino, 2008, dopo aver mostrato come la regola dell'art. 1225 c.c. prenda le mosse “dall'obbligo primario di prestazione e dal suo significato economico” (pag. 28), afferma che “la prevedibilità del

riscontrato nel danno economico, perché “le ragioni di scambio fissate nell’equivalenza contrattuale segnano necessariamente i limiti entro cui ciascun contraente si assume i rischi del rapporto con l’altro”<sup>379</sup>, più difficilmente si potrà rinvenire per quello non patrimoniale, il quale, essendo un ammanco inevitabilmente legato al soggetto che lo patisce, presenta maggiori spazi di imprevedibilità<sup>380</sup>.

#### **2.1.4. La generale irrisarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento**

Quanto finora evidenziato pare indurre a concludere nel senso che il dato normativo, in sé considerato, rifiuti l’ingresso nella struttura dell’obbligazione all’interesse, economico o meno che sia, cui la prestazione è funzionale e, quando ne regola la fase patologica, risulti ispirato al principio dell’irrilevanza dei danni non patrimoniali causati dall’inadempimento<sup>381</sup>.

---

danno s’abbina all’esigenza di favorire le transazioni commerciali e, più in generale, il traffico giuridico. Ogni operatore economico, privato o professionale che sia, è disincentivato dal concludere affari ove non possa preventivarne i rischi connessi. La regola di prevedibilità del danno gli garantisce un preventivo calcolo del rapporto costi-benefici, giacché rende prevedibile la voce dei costi” (pag. 167). Ma già L. Bellini, *L’oggetto della prevedibilità del danno ai fini dell’art. 1225 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, pag. 9 (estratto), aveva messo in luce che “la prevedibilità di cui parla l’art. 1225 è la possibilità di prevedere un danno (non un evento, ma le conseguenze di quell’evento), prima ancora di compiere l’azione dalla quale il danno medesimo deriverà. [...] La prevedibilità dell’art. 1225 è una situazione di prescienza, cioè scienza e conoscenza di un evento futuro”.

<sup>379</sup> M. Barcellona, *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 88.

<sup>380</sup> Rileva, seppur ritenendola superabile, questa possibile frizione con la previsione dell’art. 1225 c.c. anche V. Tomarchio, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., pag. 98.

<sup>381</sup> In questo senso A. Ravazzoni, *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 222 e ss., M. Gazzara, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., pagg. 49-50, nonché M. Barcellona, *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 87, per il quale “va considerato che i problemi al risarcimento del danno non patrimoniale in materia contrattuale vengono, a rigore, prima ancora che dall’art. 2059 dal disposto dell’art. 1174 e dal tenore dell’art. 1223, a misura che, ponendo il primo il limite della «patrimonialità» della prestazione e indicando il secondo come risarcibili la «perdita» e il «mancato guadagno», sembrano voler dar rilevanza solo alla dimensione propriamente economica”. Paradossale è il fatto che anche chi, come M. Costanza, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pag. 127 e ss., fa leva sull’art. 1174 c.c. per sostenere la piena risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento arrivi però poi ad affermare che “ovviamente, perché gli interessi non patrimoniali assumano rilevanza nel contratto occorre che essi non rimangano nella sfera dei motivi, ma diventino oggetto della stipulazione. [...] Quindi, anche per attribuire significanza agli interessi agli interessi non patrimoniali nell’ambito del contratto, i metodi saranno quelli della presupposizione, della ricerca della causa intesa come funzione economico-individuale, della distribuzione del rischio” (pag. 131), così ammettendo implicitamente l’insufficienza del dato normativo per sé solo considerato. Incoerenza in cui cadono le stesse Sez. Un., 26972/08, cit., n. 4.1, ove sembrano rifarsi appunto alla tesi di Costanza.

Affermazioni in senso contrario non sono mancate<sup>382</sup>, ma paiono dettate, più che altro, dalla preoccupazione di rimuovere quelle barriere che storicamente hanno portato la dottrina e la giurisprudenza a far coincidere il danno da inadempimento con l'ammanto economico dovuto alla violazione del rapporto obbligatorio.

A nulla, ad esempio, varrebbe opporre che lo stesso art. 1223 c.c. è regola, in virtù dell'art. 2056 c.c., applicabile nella parte in cui si riferisce alla «perdita subita» anche al danno derivante da fatto illecito, pertanto se in quel contesto la presenza di tale disposizione non è di ostacolo alla risarcibilità del danno non patrimoniale, allo stesso modo non dovrebbe esserlo nell'ambito della responsabilità contrattuale. Infatti una tale considerazione finirebbe per trascurare la differenza costituita dall'art. 2059 c.c., la cui presenza vale proprio ad escludere che l'art. 1223 c.c., a meno di intenderlo come un doppione, possa venire in considerazione anche per i danni non patrimoniali<sup>383</sup> e ciò non potrà che valere *a fortiori* nella *sedes materiae* in cui esso è stato inserito. In altre parole, da un lato, se il legislatore ha sentito la necessità di predisporre nella ambito dell'illecito civile una norma *ad hoc* per regolare il risarcimento dei pregiudizi altri da quelli economici ciò sta a significare che la disciplina del risarcimento del danno da inadempimento cui l'art. 2056 c.c. rinvia non se ne occupa e, dall'altro, la mancanza di una norma corrispondente all'art. 2059 c.c. negli

---

<sup>382</sup> Cfr. G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 227 e ss., che non sembra considerare rilevante il «mancato guadagno» - laddove per G. Villa, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., pag. 896, esso rappresenta «la chiave di volta per la conferma della natura patrimoniale del danno» -, e concentra la propria attenzione sulla «perdita», ritenendo che l'interpretazione in base alla quale essa corrisponderebbe alla «perdita economica» sarebbe «solamente il frutto di un argomentare 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», mentre essa «in sé e per sé [...] è 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» (pag. 232); F. Tescione, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008, *passim*, ad es. pag. 119, «sembra ipotizzabile un'interpretazione dell'art. 1223 cod. civ. quale fonte della risarcibilità del danno contrattuale in tutte le sue possibili articolazioni (non solo patrimoniali) ed espressione di un principio unitario di risarcibilità dei danni occasionati dall'inadempimento contrattuale a prescindere dalla loro natura».

<sup>383</sup> Su tutti cfr. C. Castronovo, *Il danno biologico*, cit., pag. 223 e ss., il quale afferma che una volta integrato l'art. 2043 c.c. (norma di fattispecie) «il danno patrimoniale sarà retto dall'art. 1223, mentre l'art. 2059 reggerà il danno non patrimoniale». Anche per A. Di Majo, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?*, cit., pag. 411, «altro è il piano della fattispecie dell'illecito dannoso (art. 2043), altro quello delle regole che presiedono al suo risarcimento. Regola di risarcimento è indubbiamente l'art. 2059 così come regole di risarcimento, per il danno patrimoniale, sono gli artt. 1223 e segg.» (corsivi nel testo).

artt. 1218 e ss., proprio in un'ottica sistematica, sembra deporre nel senso di una totale avversità da parte del legislatore del 1942 alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento rispetto a quanto previsto nei casi di responsabilità aquiliana. Mentre in quel contesto, infatti, una tale possibilità è, seppur in via eccezionale, almeno paventata, qui l'ipotesi nemmeno viene considerata e ciò, tenuto in debita considerazione anche il punto di vista storico, sembra deporre più nel senso che il pregiudizio rilevante nella responsabilità da inadempimento sia solo quello economico, piuttosto che a favore dell'insussistenza di limiti alla risarcibilità degli eventuali pregiudizi non patrimoniali<sup>384</sup>.

La ragione di un tale assetto, oltre alla necessità di rendere coattivamente eseguibile la prestazione<sup>385</sup>, probabilmente risiede nel fatto che la disciplina del rapporto obbligatorio nel nostro c.c. si presenta ancora profondamente legata alla *Differenztheorie*<sup>386</sup>, i cui principi certo ne influenzano soprattutto la fase patologica, ma arrivano a condizionarne anche il momento generativo e quello attuativo, vale a dire l'intera costruzione dogmatica dell'obbligazione. E il fatto che ciò sia accaduto nello stesso momento in cui non solo il sistema dell'illecito penale<sup>387</sup>, ma anche quello della responsabilità aquiliana, attraverso il sintagma «danno ingiusto», finiva per accogliere la concezione normativa del danno<sup>388</sup>, non sembra indebolire quanto

---

<sup>384</sup> Cfr. G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 231 e ss., e più di recente F. Tescione, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., *passim*, ad es. a pag. 112 e ss. Per G. Cian, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, cit., pag. 231, accogliere questa ipotesi significherebbe però "ammettere che nel campo contrattuale valga un criterio di risarcibilità tanto più vasto, e non già al massimo, un principio analogo a quello accolto nel settore extracontrattuale" e a ciò "si opporrebbe [...] soprattutto il principio in virtù del quale l'interprete, nel colmare le lacune della previsione normativa, deve ricercare soluzioni ispirate alla maggior coerenza ed armonia intrinseca del sistema". In questo senso è anche S. Delle Monache, *Interesse non patrimoniale e danno da inadempimento*, in *I contratti*, 2010, pag. 720 e ss., che sottolinea "l'incoerenza sul piano sistematico, creata dalla soluzione di chi volesse affermare l'idea della tendenziale risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento a fronte della limitata rilevanza, invece, che questo medesimo danno assume nell'illecito extracontrattuale" (pag. 726).

<sup>385</sup> Secondo E. Betti, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., pag. 52, "è in vista di questa necessità di una conversione, in vista cioè dell'esecuzione forzata, che la legge richiede che la prestazione, per sé considerata, sia suscettibile di valutazione economica".

<sup>386</sup> Su cui si rinvia al § 1.1.1.2.

<sup>387</sup> Cfr. *ut supra* § 1.1.1.4

<sup>388</sup> C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., pag. 147 e ss., nell'escludere che l'art. 2043 c.c. possa essere ricondotto alla teoria c.d. naturalistica del danno, afferma che il sistema evolutivo di illeciti tipici in esso contenuto può in senso lato ascriversi alla teoria normativa o giuridica del danno. Più in

appena affermato, perché ciò significherebbe dimenticare che mentre il danno da inadempimento rimane “puro conteggio ipotetico di ciò che avrebbe dovuto essere e non è stato”<sup>389</sup>, quello extracontrattuale rappresenta “il significato economico di ciò che è accaduto e non avrebbe dovuto essere”<sup>390</sup>, quindi ripara la “perdita conseguente alla lesione di un interesse protetto, lesione realizzata mediante la distruzione o il deterioramento di un bene”<sup>391</sup>. Fuor di metafora, mentre nelle fattispecie di responsabilità da fatto illecito l’ordinamento in alcuni casi accetta la possibilità di tradurre in avere ciò che appartiene all’essere<sup>392</sup> perché dinnanzi ad un danno irreparabile in forma specifica non ha altro da offrire se non il surrogato del risarcimento per equivalente, nella disciplina dell’obbligazione rifiuta che questa confusione arretri fino ad insinuarsi nella fisiologia del rapporto e di conseguenza la rigetta anche nella fase patologica.

A questo punto bisogna però fugare un possibile equivoco: rifiutare una lettura antiletterale della normativa significa sì accettare che il danno da inadempimento è, per il legislatore, l’ammancio economico causato dalla violazione del rapporto obbligatorio, ma non comporta negare che sussistano, tanto quanto nella responsabilità da fatto illecito<sup>393</sup>, delle ipotesi in cui tale regola generale patisce delle eccezioni in occasione delle quali, non venendo almeno direttamente in

---

generale sul dibattito circa la valenza del sintagma «danno ingiusto» e la novità costituita dall’art. 2059 c.c. si veda il precedente § 1.1.1.5.

<sup>389</sup> C. Castronovo, *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, pag. 84.

<sup>390</sup> *Ibidem*.

<sup>391</sup> *Ivi*, pag. 83.

<sup>392</sup> Per C. Castronovo, *Del non risarcibile*, cit., pag. 316, “il danno non patrimoniale, pur essendo indebitamente conseguenza della lesione di interessi non patrimoniali, risulta inevitabilmente assimilato alla perdita patrimoniale nel momento in cui si tratta di prevederne il risarcimento”. Più in generale sulle problematiche connesse alla trasposizione delle categorie concepite in ambito economico alla sfera dei diritti della persona cfr. A. Nicolussi, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia a trattamenti sanitari*, cit., pagg. 269 e ss.

<sup>393</sup> Una volta escluso che possa venire in considerazione direttamente nell’ambito della responsabilità contrattuale, l’art. 2059 c.c. potrebbe essere interpretato quale norma espressiva di un principio che informa l’intero sistema della responsabilità civile nel senso della eccezionalità delle ipotesi in cui è risarcibile il danno non patrimoniale. C. Castronovo, *Danno esistenziale: il lungo addio*, cit., pagg. 126-127, riconosce portata generale “all’atteggiamento limitativo che in ambito extracontrattuale è espresso dall’art. 2059: e, così come per quest’ultimo il danno morale in ipotesi del genere acquista rilevanza solo nei casi determinati dalla legge, analogamente dovrà dirsi con riguardo al danno morale che consegue all’inadempimento dell’obbligazione”.

considerazione l'art. 1223 c.c.<sup>394</sup> e comunque rispettando il disposto dell'art. 1225 c.c., i pregiudizi non patrimoniali possono assumere anche in questo contesto rilevanza.

D'altra parte, a ben guardare, nello stesso ordinamento positivo se ne può scorgere una esplicita: quella in cui la violazione del rapporto obbligatorio non rileva solo ai sensi del diritto civile, ma configura anche un illecito di natura penale. In casi come questo infatti il tenore dell'art. 185 c.p., comma 2, garantisce che l'eventuale danno non patrimoniale causato dall'inadempimento trovi ristoro<sup>395</sup>. Si tratta però di ipotesi che, date le peculiarità del diritto penale evidenziate quando ci si è soffermati in ordine alla più frequente circostanza in cui il reato trova origine in un illecito aquiliano<sup>396</sup>, sono destinate a coprire solo una minima parte delle fattispecie integranti una responsabilità contrattuale e perciò rimane il compito di individuare i casi in cui in base al solo diritto delle obbligazioni il danno non patrimoniale da inadempimento sia eccezionalmente risarcibile.

## **2.2. DI NECESSITÀ VIRTÙ: LA DEROGA IN CASO DI LESIONE DI UN DIRITTO INVIOLABILE DELLA PERSONA RICONOSCIUTO DALLA COSTITUZIONE**

---

<sup>394</sup> Per C. Castronovo, *Il danno biologico*, cit., pag. 165, "se la norma in questione (l'art. 1223, N.d.R.), infatti, è dettata di per sé con riguardo al danno patrimoniale, se ne deve ipotizzare una analoga per il danno non patrimoniale". L'osservazione, formulata nel contesto della problematica inerente ai pregiudizi non economici patiti dai congiunti della vittima primaria di un illecito, può assumere valore per l'intero discorso sul danno non patrimoniale, ma mentre nelle ipotesi di responsabilità aquiliana l'art. 2059 c.c. risolve la questione perché è lo stesso legislatore ad aver introdotto una disposizione *ad hoc* per il danno non patrimoniale, al contrario quando viene in considerazione un inadempimento, nelle eccezionali ipotesi in cui questo è risarcibile, perché come visto in generale la regola implicitamente risulta essere quella della irrisarcibilità, toccherà all'interprete colmare la lacuna.

<sup>395</sup> Per M. Franzoni, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario Scialoja - Branca*, IV, *Delle obbligazioni - Artt. 2043-2059*, pag. 1188, l'art. 185 "non distingue tra reati colposi e reati dolosi, tra reati contro la persona e reati contro il patrimonio così non distingue neppure tra reati che si consumano con un inadempimento contrattuale e reati che ne prescindono" (corsivi nostri). Vale la pena notare per inciso che tale eventualità sembra deporre a favore di coloro i quali hanno sostenuto che l'art. 185 c.p. rappresenterebbe un'autonoma fattispecie di illecito, piuttosto che come una *species* del *genus* «illecito civile» (nel primo senso cfr. Z. Zencovich, *La responsabilità civile da reato*, cit., pag. 75 e ss.; A. Bevere, *Persona offesa e parte civile*, cit., pag. 13 e ss.; F. Dassano, *Il danno reato, profili sostanziali e processuali*, cit., pag. 315 e ss.; nonché D. Mandrioli, *Ancora sulla risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit., pag. 596 e ss., nel secondo E. Squarcia, *L'azione di danno nel processo penale*, cit., pag. 73 e ss.; A. Pennisi, *L'accessorietà dell'azione civile nel processo penale*, cit., pag. 105 e ss.; T. Grimaldi, *L'azione civile nel processo penale*, cit., pag. 106 e ss.).

<sup>396</sup> Cfr. *ut supra* § 1.1.1.4.

Una prima serie di ipotesi trova la propria ragione in quella novità intervenuta successivamente all'emanazione del c.c. del 1942 che è rappresentata dalla Costituzione.

Come già visto a proposito della disciplina degli artt. 2043 e 2059 c.c., anche la disciplina delle obbligazioni ha iniziato ad essere riletta alla luce dei principi enunciati nella Carta fondamentale e soprattutto, per quel che qui consta trattandosi del danno non patrimoniale - *rectius* dei pregiudizi che coinvolgono alla persona nella sua completezza -, del riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo effettuato dall'art. 2<sup>397</sup>.

### **2.2.1. Al di là del diritto romano. Una concezione allargata del rapporto obbligatorio: gli obblighi di protezione**

Tale processo di rilettura delle norme dedicate al rapporto obbligatorio non sarebbe stato tuttavia possibile ove non fosse stato preceduto da quella discussione che nella seconda metà del secolo scorso ha coinvolto il concetto stesso di obbligazione<sup>398</sup>. Invero qualora si fosse continuato a farla coincidere col solo obbligo di prestazione,

---

<sup>397</sup> Sulla portata e sul contenuto di tale norma ci si è soffermati al § 1.2, cui si rinvia.

<sup>398</sup> C. Castronovo, voce «Obblighi di protezione», in *Enc. giur. Treccani*, 1990, pag. 1, parla di "ricostruzione moderna del rapporto obbligatorio" in base al quale "l'obbligazione non è un rapporto a struttura lineare ai cui poli si situano il debito dal lato passivo e il credito dal lato attivo, bensì una struttura complessa nella quale al nucleo costituito dall'obbligo di prestazione accede una serie di obblighi collaterali o accessori (*Nebenpflichten*) la cui funzione complessiva è di «pilotare» il rapporto obbligatorio verso quel risultato integralmente utile che esso è di per sé volto a realizzare". G. Cian, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pag. 498, richiama il "superamento della prospettiva che la concepiva come essenzialmente costituita, meglio sarebbe dire, limitata alla pretesa di un soggetto determinato nei confronti di un altro soggetto pure determinato ad un certo, specifico comportamento di quest'ultimo rivolto alla soddisfazione di un interesse del primo: ho in mente cioè il superamento della tradizionale prospettiva che guardava al rapporto obbligatorio come rapporto semplice - costituito, appunto, dai soli elementi testé indicati - per accedere, con detto superamento, ad una visione del medesimo rapporto quale unità complessa, per approdare, cioè, alla cd. concezione del rapporto obbligatorio come organismo, vale a dire come entità formata, oltre che dall'obbligo concernente la cd. prestazione primaria, da quello relativo alla eventuale (sussidiaria) di risarcimento, dalle, se del caso, sussistenti prestazioni collaterali e dagli ulteriori doveri di comportamento (di informazione, cautela, diligenza, etc.) a salvaguardia della sfera giuridica del creditore con la quale il debitore entri in contatto nella sua attività di esecuzione della prestazione dovuta, per non parlare dei diritti potestativi eventualmente connessi con la posizione di creditore o di debitore" (corsivi nel testo).



difficilmente la categoria degli interessi non patrimoniali avrebbe potuto iniziare ad assumere rilevanza anche in quel contesto tutto informato alla materia degli affari<sup>399</sup>.

La chiave di volta è stata l'emergere della categoria degli «obblighi di protezione», grazie ai quali l'obbligazione ha iniziato ad essere intesa come un rapporto complesso non più appiattito sulla sola prestazione, perché nell'esecuzione di quest'ultima in capo ad entrambe le parti del rapporto<sup>400</sup> sussiste l'ulteriore dovere di preservare l'altra "dal rischio specifico di danno creato dalla particolare relazione che si è instaurata fra i due soggetti"<sup>401</sup>. Più nel dettaglio, nelle diverse fasi del rapporto obbligatorio - costituzione, svolgimento e scioglimento - in capo a debitore e creditore sussiste il diritto, altro seppur legato a quello di credito cui è funzionale l'obbligo di prestazione<sup>402</sup>, a non veder danneggiata la propria persona e i propri beni - c.d.

---

<sup>399</sup> Per A. Di Majo, *Obbligazioni*, cit., pag. 123, "la rilevanza di detti doveri contribuirebbe ad aggiungere alla dimensione prettamente «mercantile» (o di scambio) dell'obbligazione una dimensione, per così dire, «sociale», che tenga conto di interessi riguardanti l'integrità personale o la sfera del *partner* contrattuale".

<sup>400</sup> Già E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., pag. 99, non si riferiva al solo debitore quando si occupava degli "obblighi generali di conservazione dell'interesse della controparte, che si chiamano con una espressione ormai tecnica obblighi di protezione (Schutzpflichten) e sono rivolti a prevenire ed allontanare danni dalla sfera di interessi della controparte: giacché per il solo fatto che esiste un rapporto di obbligazione l'una parte viene a contatto con la sfera giuridica dell'altra e ha la possibilità di pregiudicarla". In maniera più esplicita L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, ora in *Obbligazioni e negozio*, cit., pag. 229, affermava che "sono obblighi essenzialmente reciproci, in contrapposto agli obblighi «di prestazione», tipici della posizione giuridica del debitore".

<sup>401</sup> L. Mengoni, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, ora in *Obbligazioni e negozio*, cit., pag. 285.

<sup>402</sup> Proprio a questo livello si attestano le critiche mosse alla categoria degli «obblighi di protezione» da U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1974, pag. 12 e ss., il quale, sull'assunto che tali doveri costituirebbero soltanto "momenti, nei quali si specifica l'obbligazione principale" (pag. 18), li ritiene "soltanto un'inutile superfetazione, che non contribuisce certamente alla chiara comprensione del fenomeno" (pag. 20). L'assunto può essere solo in parte condiviso, vale a dire ove con esso ci si riferisca a quelli che E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., pag. 96, aveva chiamato «obblighi integrativi strumentali», intesi come "quelli che debbono assicurare l'adempimento della prestazione e sono così strettamente connessi alla prestazione dovuta da non potersene scindere in alcun modo", in relazione ai quali già L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., pagg. 230-231, aveva rilevato essere stati inesattamente annoverati fra gli «obblighi di protezione», perché questi ultimi se è vero che dipendono dal rapporto obbligatorio come l'obbligo di prestazione, hanno però un contenuto autonomo rispetto a quest'ultimo. Mengoni esemplifica rifacendosi alla prestazione medica (pag. 232): mentre il dovere del dottore di osservare certe regole scientifiche e tecniche, nonché il connesso sforzo di costante attenzione, di prudenza e diligenza costituiscono in effetti una specificazione dell'obbligo di prestazione, lo stesso non si può dire rispetto alla incolumità del paziente non direttamente connessa con la prestazione medica, come nell'ipotesi in cui questi subisse un danno per il bisturi sfuggito di mano ad operazione già conclusa e perfettamente eseguita. Per una critica più recente alle riserve espresse da Natoli e fatte proprie anche da C.M. Bianca, *Diritto civile*, IV, cit., pag. 94

«interesse di protezione» - al quale fanno capo relativi obblighi di protezione a carico della controparte<sup>403</sup>.

Il loro scopo è quello di sottrarre alle regole della responsabilità aquiliana la tutela della sfera soggettiva delle parti nel suo complesso per ascriverla all'ambito della tutela contrattuale<sup>404</sup>, sebbene ciò non significhi l'eliminazione della possibilità che residuino ipotesi in cui il pregiudizio occorso al debitore, o al creditore, dia il via all'applicazione degli artt. 2043 e ss. c.c.<sup>405</sup>. Invero il rapporto obbligatorio pare in grado di esercitare la propria capacità attrattiva a condizione che fra questo e il danno subito esista una relazione di causalità<sup>406</sup>, perché laddove il nesso fosse invece di carattere meramente occasionale non sussisterebbero buone ragioni per deviare dalla responsabilità «del passante»<sup>407</sup>. Apprezzata in quest'ottica «la qualificazione dei comportamenti contrari agli obblighi di protezione come violazioni contrattuali positive, cioè inadempimenti contrattuali, è alternativa, non concorrente con la qualificazione come atti illeciti»<sup>408</sup>.

---

e M. Paradiso, *La responsabilità medica dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, pag. 330 e ss., si veda L. Lambo, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007 pag. 114 e ss.

<sup>403</sup> Cfr. A. Di Majo, *Obbligazioni in generale*, cit., pag. 122, nota 1.

<sup>404</sup> C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, cit., pag. 3.

<sup>405</sup> In questo senso L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., pag. 230 e ss., L. Corsaro, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Milano, 2003, pag. 25, nota 43; e L. Lambo, *Obblighi di protezione*, cit., pag. 134 e ss.

<sup>406</sup> Secondo L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., pag. 230, nota 15, «perché si possa parlare di responsabilità contrattuale è necessario dunque che il danno, subito dalla persona o dalle cose di una delle parti, sia causato da una attività dell'altra parte, essenzialmente connessa all'esecuzione del contratto» e, a pagg. 232-233, fa l'esempio già riportato del chirurgo che si lascia sfuggire il bisturi che va a colpire l'occhio del paziente ad operazione ormai conclusa e correttamente eseguita, evidenziando poi come il medico risponde del danno cagionato «contrattualmente, ma il titolo della responsabilità non è propriamente l'obbligo primario di prestazione, bensì appunto un obbligo marginale di protezione. Il chirurgo aveva già adempiuto esattamente la prestazione principale, il cui oggetto era l'esecuzione a regola d'arte di un intervento operatorio nella parte addominale del malato. Il contegno contrario a quello che successivamente ha cagionato un danno al cliente, era certamente imposto dalla «*lex contractus*», valutata secondo buona fede, ma non si può dire che rientrasse nel contenuto dell'obbligo positivo di prestazione. Esso era oggetto piuttosto di un obbligo ausiliario, ma a sé stante, di protezione».

<sup>407</sup> Sempre L. Mengoni, *La parte generale delle obbligazioni*, cit., pag. 287, propone il caso della «massaia entrata in un negozio di generi alimentari a fare la spesa e, all'uscita, scivolata su una buccia di banana che il gestore aveva trascurato di rimuovere, mentre evidentemente, quanto al trabocchetto della buccia di banana o della foglia di insalata, nessuna differenza si può fare tra la nostra massaia e il passante entrato nel negozio per chiedere informazioni sulla via da percorrere per giungere a un certo indirizzo», per la cui soluzione si applicherebbero gli art. 2043 e ss. c.c.

<sup>408</sup> L. Mengoni, *La parte generale delle obbligazioni*, cit., pag. 288, il quale conclude affermando che «non dovrebbe perciò essere ammesso il concorso cumulativo dell'azione contrattuale con l'azione

Una spinta decisiva all'accoglimento della categoria è venuta, come si diceva in esordio, dalle sollecitazioni indotte dalla Costituzione. Invero la clausola tradizionale della buona fede contenuta nell'art. 1175 c.c., pur rappresentando la fonte legale prima degli obblighi di protezione, di per sé non sarebbe stata in grado di far sorgere in capo alle parti doveri finalizzati a preservare interessi altri da quello cui il rapporto obbligatorio è funzionale, perché essa in fin dei conti costituisce un "criterio di interpretazione dell'accordo delle parti e misura di controllo dell'esecuzione del contratto, che deve svolgersi con tutte le modalità necessarie per il pieno raggiungimento dello scopo"<sup>409</sup>. Tale integrazione, che si potrebbe definire meta-contrattuale, trova la propria legittimazione nel principio di solidarietà enunciato nell'art. 2 Cost., il quale accresce i doveri reciproci delle parti di un rapporto obbligatorio superando la logica individualistica alla quale rischierebbe altrimenti di essere informato il rapporto obbligatorio<sup>410</sup>. In chiave diacronica peraltro questa interpretazione sembra rappresentare la riformulazione coerente coi principi costituzionali dell'originario testo dell'art. 1175 - "Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza, in relazione ai principi della solidarietà corporativa" -, il cui inciso finale venne abrogato dall'art. 32 del D.Lgs. 287/44<sup>411</sup>.

### 2.2.2. Inadempimento e tutela della persona

---

aquiliana, almeno nella misura in cui esse fanno valere la medesima pretesa". Pur concordando sull'affermazione che gli obblighi di protezione non sono in grado di assorbire tutte le fattispecie dannose configurabili fra due soggetti legati da un rapporto obbligatorio, L. Corsaro, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, cit. pag. 25, nota 43, e L. Lambo, *Obblighi di protezione*, cit., pag. 134 e ss. propongono, quale criterio selettivo in luogo della «relazione di causalità», il primo la funzionalità dell'atto all'adempimento, mentre il secondo la causalità adeguata.

<sup>409</sup> L. Mengoni, *Le obbligazioni* (1993), ora in *Obbligazioni e negozio*, cit., pag. 366.

<sup>410</sup> Per L. Mengoni, *Le obbligazioni*, cit., pag. 366, "attraverso la clausola generale della correttezza la disciplina del codice ha potuto inserirsi nel nuovo ordinamento dei valori costituzionali, già disposta a recepire considerazioni di solidarietà che ne hanno temperato l'originario impianto individualistico". Per L. Lambo, *Obblighi di protezione*, cit., pag. 96 e ss., "la categoria degli obblighi di protezione si conferma, quindi, nel nostro ordinamento proprio alla luce della «solidarietà sociale» come valore operante nei rapporti obbligatori" (pagg. 102-103). Anche chi, come S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, pag. 143, ritiene che il compito degli obblighi di protezione sia già svolto dalla responsabilità aquiliana ammette però l'incidenza del principio di solidarietà nei confronti del dovere di correttezza ex art. 1175 c.c.

<sup>411</sup> Per L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., pag. 262, nota 35, la soluzione si sarebbe potuta raggiungere in via legislativa ove con il D.Lgs. 287/44 si fosse sostituito l'aggettivo «corporativo» con quello «sociale».

Ebbene, la questione della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento pare trovare negli obblighi di protezione una prima soluzione positiva e nello stesso tempo coerente col sistema. Evidentemente l'ambito di operatività che di essi in questo caso viene in considerazione è quello afferente al dovere di non pregiudicare la persona dell'altro contraente, dato che quello riguardante il patrimonio di quest'ultimo si attesta al livello economico in cui già l'obbligazione nella sua linearità di obbligo di prestazione finalizzato a soddisfare il risultato "suscettibile di valutazione economica" atteso dal creditore abbiamo visto essere incastonata, onde rimane vigente la disciplina generale che limita il danno rilevante a quello patrimoniale.

Come si diceva, si tratta di ostacoli che sono destinati però a cadere quando si prende in considerazione l'altro fronte cui gli obblighi di protezione si rivolgono: quello afferente alla persona della controparte. In questo caso infatti l'art. 2 della Costituzione pare giocare un ruolo ancor più importante, giacché esso viene in considerazione non solo per la parte in cui, imponendo i doveri di solidarietà, si presenta quale fonte generativa insieme all'art. 1175 c.c. degli stessi obblighi di protezione, ma anche per quella ove, riconoscendo i diritti inviolabili dell'uomo, finisce per individuarne il contenuto. Più precisamente, se per la tutela del patrimonio il fatto che si rimanga nel contesto già familiare al rapporto obbligatorio - quello dell'avere - permette una protezione parametrata sul singolo rapporto obbligatorio e dal contenuto più ampio rispetto alle situazioni cui il «danno ingiusto» ex art. 2043 c.c. sovrintende<sup>412</sup>, per quelli non economici, data la loro irrilevanza in materia di

---

<sup>412</sup> Basti pensare agli obblighi di protezione che sorgono nella fase delle trattative per la stipula di un contratto (ascrivono alla responsabilità contrattuale la *culpa in contrahendo* L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, ora in *Obbligazioni e negozio*, cit., pag. 267 e ss., e C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., pag. 458 e ss., e, più di recente, *Id.*, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, pag. 1 e ss. Al contrario la giurisprudenza e una parte della dottrina, ad es. cfr. V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, pag. 184 e ss., ritengono si tratti di un caso di responsabilità aquiliana) In questo caso attraverso l'art. 1337 c.c. ciò che viene risarcito nel caso, ad esempio, di rottura ingiustificata delle trattative è niente meno che un danno meramente patrimoniale, un puro ammanco economico, il quale, inquadrando la fattispecie nella responsabilità extracontrattuale e a non voler intendere l'ingiustizia del danno dell'art. 2043 c.c. come una «clausola generale», non potrebbe, per la mancanza della lesione di una situazione soggettiva, trovare ristoro. Più in generale sul rapporto fra obblighi di protezione e danno patrimoniale cfr. A. Di Majo, *Il problema del danno al patrimonio*, cit., pag. 297 e ss., secondo il quale "sul terreno della *culpa in contrahendo* sembra naturale riconoscere che la risarcibilità del danno meramente patrimoniale trova spazio adeguato. Eppure, se non si configura un peculiare «dovere di protezione» a tutela degli interessi patrimoniali del soggetto può incontrarsi seria difficoltà a giustificare

obbligazioni, in assenza di un esplicito e completo esercizio dell'autonomia contrattuale sui cui ci si soffermerà fra breve, l'integrazione è interamente - cioè sia nell'origine, che nel contenuto - di matrice legale e per sopperire alla genericità cui il riferimento alla persona può indurre, così come è avvenuto per la responsabilità aquiliana, non sembra esserci altra via che il riferimento ai diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2 della Carta fondamentale<sup>413</sup>.

D'altra parte nelle stesse ipotesi legali presenti nel c.c. il riferimento è a connotati della persona che oggi a pieno titolo fanno parte della categoria riconosciuta dall'art. 2 Cost. Nell'art. 2087 c.c., ad esempio, si fa parola di «integrità fisica» e «personalità morale» del lavoratore, con evidente riferimento alla sua salute e alla sua dignità<sup>414</sup>. Allo stesso modo nel contratto di trasporto il vettore è tenuto ex art. 16981 c.c. a rispondere “dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore”, vale a dire la salute

---

tale risarcibilità con le consuete categorie della responsabilità contrattuale o di quella aquiliana” (pag. 324).

<sup>413</sup> C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, cit., pag. 4, per il quale anche se nell'ipotesi contrattuale “si potranno dare obblighi diversi, sotto il profilo del contenuto, rispetto a quelli generati dalla correttezza ex art. 1175 c.c., e ciò in relazione al tipo contrattuale concretamente adoperato; non però obblighi che non siano, così come per il rapporto obbligatorio in generale, effetti ulteriori fondati direttamente dalla legge”. Sembra dimenticare l'irrilevanza degli interessi non patrimoniali all'interno dell'obbligazione e tale origine legale degli obblighi di protezione chi, come E. Navarretta, *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 30, nota 98, afferma che “chiaramente l'interpretazione ex fide bona può consentire di andare anche oltre la lesione dei diritti inviolabili, consentendo la tutela risarcitoria per i danni non patrimoniali anche ad interessi non patrimoniali che non siano diritti inviolabili della persona”.

<sup>414</sup> Per un'indagine sull'evoluzione della tutela risarcitoria della persona del lavoratore cfr. R. Del Punta, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Dir. lav. e rel. ind.*, 2006, pag. 195 e ss.; C. Castronovo, *Danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, pag. 1341 e ss.; L. Nogler, *Danno non patrimoniale e rapporto di lavoro*, cit., pag. 581 e ss., il quale nel 2002 - *Id.*, *Danni personali e rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, pag. 287 e ss. - per superare “l'ostacolo costituito dalla normativa codicistica che impronta [...] tutto il sistema della responsabilità contrattuale al risarcimento del danno economico-patrimoniale” (pag. 299) aveva proposto “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” (pag. 301). Le stesse Sezioni Unite 26972/08, cit., n. 4.5, richiamano l'art. 2087 c.c., mettendo in luce come “inserendo nell'area del rapporto di lavoro interessi non suscettivi di valutazione economica (l'integrità fisica e la personalità morale) già implicava che, nel caso in cui l'inadempimento avesse provocato la loro lesione, era dovuto il risarcimento del danno non patrimoniale. Il presidio dei detti interessi della persona ad opera della Costituzione, che li ha elevati a diritti inviolabili, ha poi rinforzato la tutela. Con la conseguenza che la loro lesione è suscettiva di dare luogo al risarcimento dei danni conseguenza, sotto il profilo della lesione dell'integrità psicofisica (art. 32 Cost.) secondo le modalità del danno biologico, o della lesione della dignità personale del lavoratore (artt. 2, 4, 32 Cost.), come avviene nel caso dei pregiudizi alla professionalità da dequalificazione, che si risolvano nella compromissione delle aspettative di sviluppo della personalità del lavoratore che si svolge nella formazione sociale costituita dall'impresa”.

di quest'ultimo<sup>415</sup>. Così come nel rapporto fra medico e paziente - dove sia che esista un contratto formale tra i due soggetti, sia che tale contratto non sussista, in quanto il primo opera alle dipendenze della struttura sanitaria, l'affidamento ingenerato dal suo *status* professionale dà luogo a un'obbligazione la cui violazione è la ragione della responsabilità<sup>416</sup> - l'interesse di protezione<sup>417</sup> cui l'obbligazione senza prestazione fa

---

<sup>415</sup> Per M. Riguzzi, *Il contratto di trasporto*, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2006, pagg. 53-54, "alla prestazione principale del vettore, consistente nel trasferimento di una persona da un luogo all'altro, è connesso un obbligo di protezione, che grava sempre sul vettore, e che ha per oggetto l'adozione di tutte le misure idonee a far giungere il passeggero incolume al luogo di destinazione". Ma già U. Majello, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, pagg. 55 e ss., 130 e ss., il quale però faceva discendere l'obbligo di protezione dell'art. 1681 c.c. "dal principio generale della diligenza di cui allo art. 1176" (pag. 144).

<sup>416</sup> «Obbligazione senza prestazione» è la qualifica dottrinale di tale rapporto, laddove la giurisprudenza usa l'espressione «responsabilità da contatto sociale», in ogni caso facendo capo agli artt. 1218 ss. c.c. Da ultimo si veda Cass. Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e Resp.*, 2008, pag. 788 e ss., con nota di G. Vinciguerra, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*. Secondo A. Nicolussi, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 2008, pag. 793 e ss., rimane la discrasia nominale, ma "si tratta di un fraintendimento linguistico. L'obbligazione di protezione che, in mancanza di un contratto, nasce a carico del medico in base al solo affidamento per l'operare della buona fede oggettiva, si caratterizza rispetto alla obbligazione ordinaria perché non vi è una pretesa diretta alla prestazione da parte del paziente, ma ciò non significa che l'operato del medico nei confronti di pazienti, con i quali non è legato da un rapporto contrattuale, non possa valutarsi come prestazione medica con i requisiti che essa abbia nel caso concreto" (pag. 874). In ordine alla giurisprudenza di merito si veda I. Sarica, *Il contatto sociale tra le fonti della responsabilità civile: recenti equivoci della giurisprudenza di merito*, in *Contr. e impr.*, 2005, pag. 97 e ss. Per la costruzione dogmatica dell'obbligazione senza prestazione si veda C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Mengoni*, I, Milano, 1995, pag. 148 e ss.; *Id.*, *La nuova responsabilità*, cit., pag. 475 e ss. Sul tema in generale cfr. la monografia di S. Faillace, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004. Va segnalato che alcuni autori hanno espresso riserve nei confronti della figura: F.D. Busnelli, *Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, pag. 539 e ss.; *Id.*, *Frontiere europee della responsabilità civile*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, pag. 83 e ss.; A. Di Majò, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, pag. 446 e ss.; *Id.*, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2002, pag. 27 e ss.; M. Forziati, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il contatto sociale conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, pag. 661 e ss.; F. Di Ciommo, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.*, I, 1999, c. 3332 e ss., più di recente S. Sciacca - S. Scovazzo, *Nozione di danno e perimetro risarcitorio in tema di responsabilità medica*, in *Danno e resp.*, 2010, pag. 989 e ss., per i quali "la scelta della Cassazione, ormai consolidata, di ritenere il medico, sia esso un libero professionista o un dipendente pubblico, sempre contrattualmente responsabile nei confronti del paziente non appare, in verità, condivisibile". Secondo E. Navarretta, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Trattato di diritto civile*, cit., pag. 241 e ss., il richiamo all'obbligazione senza prestazione risulterebbe superflua, in quanto la responsabilità del medico che opera all'interno di una struttura sanitaria integrerebbe un caso di inesatto adempimento del terzo ausiliario ex art. 1228 c.c., ma il richiamo, se ben inteso, sembra inconferente perché la norma si occupa della responsabilità del *dominus* e non dell'ausiliario, quale è il medico. Per F. Galgano, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, cit., pag. 73 e ss., "è del tutto superfluo, per applicare l'art. 1218, introdurre la finzione di un contratto: basta, per applicarlo, prendere atto della esistenza di una fonte di obbligazione, che nella specie è il contatto sociale fra medico e paziente quale *fatto giuridico*, allo stesso

capo sono volti a preservare la salute e l'autodeterminazione del paziente<sup>418</sup>, entrambi diritti inviolabili ex art. 2 Cost., di cui il primo addirittura viene riconosciuto da una norma *ad hoc*.

Ad intendere quelle appena menzionate come ipotesi non eccezionali, ma solo casi più frequenti, sembra potersi individuare un principio generale, valido per ogni rapporto obbligatorio<sup>419</sup>, in base quale, grazie all'interpretazione costituzionalmente

---

modo con cui è fatto giuridico, fonte di obbligazione e produttiva di responsabilità per inadempimento, la trattativa precontrattuale" (pag. 94). In questo senso anche M. Paradiso, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 2009, pag.705-706. Si vedano però le recenti osservazioni di C. Castronovo, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, pag.679 e ss.

<sup>417</sup> Il quale ove sussista un vero e proprio contratto sarà assorbito in parte dall'obbligo di prestazione, mentre nel secondo caso mancando quest'ultimo ad esso farà interamente capo l'obbligo di protezione. In questo senso L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., pag. 371, per il quale "quando il contenuto primario del rapporto obbligatorio è diretto precipuamente alla cura della persona o di una cosa del creditore, l'interesse di protezione non acquista un rilievo autonomo, nei limiti in cui la persona o la cosa del creditore formano il sostrato della prestazione pattuita" e C. Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, pag. 152, nota 107, per il quale "interesse positivo all'adempimento e interesse negativo coincidono qualora ci si limiti a considerare il momento della prestazione pura e semplice dedotta in obbligazione: se il medico per imperizia non dà le prescrizioni adatte al malato [...] certo la prestazione non è adempiuta e al tempo stesso il paziente subisce un danno alla persona; in questo caso si può dire che l'interesse di protezione viene assorbito nell'interesse alla prestazione. Ma vi è un interesse ulteriore, ed è solo interesse di protezione, e sorge in funzione della necessità che una parte, agevolata dall'attività di adempimento, non strumentalizzi la persona stessa o le cose dell'altra parte, al di là dell'attività pura e semplice di adempimento".

<sup>418</sup> La cattiva esecuzione dell'intervento ovvero altri accadimenti come il già citato esempio del bisturi che ad operazione perfettamente eseguita va a colpire il paziente infatti gli cagioneranno un danno biologico, che per giurisprudenza ormai consolidata trova risarcimento. Le stesse Sezioni Unite 26972/08, cit., n. 4.3, richiamano questa fattispecie come archetipo per il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento. Allo stesso modo per l'ipotesi in cui il medico disattenda l'obbligo di informazione volto ad ottenere il consenso informato del paziente e questi dimostri che ove debitamente edotto avrebbe rinunciato all'operazione Cass., Sez. III, n. 2847 del 9 febbraio 2010, ha statuito che è dovuto il danno non patrimoniale consistente nella sofferenza post-operatoria che il rifiuto dell'intervento avrebbe evitato ovvero sarebbe stata di minore intensità perché non inaspettata. Per un commento a questa decisione cfr. M. Gorgoni, *Ancora dubbi sul danno risarcibile a seguito di violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario*, cit., pag. 1014 e ss; A. Riccio, *La violazione dell'autodeterminazione è, dunque, autonomamente risarcibile*, cit., pag. 313 e ss. e R. Simone, *Consenso informato e onere della prova*, cit., pag. 690 e ss., ma già C. Castronovo, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, pag. 117 e ss.

<sup>419</sup> Per C. Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., pag. 146, nota 76, "gli obblighi di protezione *ex lege* in quanto espressamente previsti da norme non abbisognano del richiamo alla buona fede per fondarsi giuridicamente [...]. Ma se dalla presenza di essi è possibile inferire che il legislatore si è ispirato al criterio politico della buona fede, non sarà possibile fermarsi a questa considerazione [...]: occorre procedere oltre. Questo criterio politico della buona fede non può essere limitato a soltanto ad alcuni rapporti obbligatori: il fatto che esso sia stato posto in evidenza solo in certuni di essi è da intendere come l'esplicitazione di una dimensione che è propria di ogni rapporto obbligatorio". Nello stesso senso L. Lambo, *Obblighi di protezione*, cit., pagg. 113-114, "le ipotesi tipiche disseminate nel codice civile non sono altro che una specificazione legislativa della regola della correttezza. Fuori da queste ipotesi, e cioè nelle altre fattispecie contrattuali, un simile dovere di rispetto della persona (o,

orientata dell'art. 1175 c.c. e attraverso la categoria degli obblighi di protezione<sup>420</sup>, la persona viene tutelata nei suoi connotati imprescindibili non solo nei casi di responsabilità da fatto illecito, ma anche quando l'offesa ad essi sia causata dall'inadempimento di un'obbligazione e la responsabilità è quindi di natura contrattuale. Segnatamente qualora la violazione del rapporto obbligatorio comporti la lesione di un diritto inviolabile della persona riconosciuto dalla nostra Carta costituzionale, il debitore, oltre ai danni di carattere economico, dovrà altresì risarcire al creditore i pregiudizi non patrimoniali da questi subiti proprio per la violazione di quei diritti.

Tuttavia l'accennata sovrapposibilità con la responsabilità aquiliana - esclusa come noto in ordine alla prescrizione e all'onere probatorio<sup>421</sup> - se è totale con riguardo all'*an* delle prerogative della persona tutelate - i diritti inviolabili *ex art. 2 Cost.* -, risulta parziale nel *quantum* di tutela e quindi circa le fattezze del danno risarcibile. Mentre infatti quando il pregiudizio è occasionato da un illecito (*culpa in faciendo*, per usare le espressioni di Jhering<sup>422</sup>) la vittima può chiedere conto del solo danno emergente (la perdita causata dalla violazione dell'*appartenenza*), nel caso di inadempimento (*culpa in non faciendo*) il creditore ha diritto a vedersi risarcito altresì il lucro cessante («mancato guadagno» dovuto alla lesione della *spettanza*). Ora, se la violazione degli obblighi di protezione va ascritta a questa seconda categoria, non si può escludere che

---

secondo i casi, del patrimonio) dell'altro contraente scaturisce dalla norma prevista dall'art. 1175, alla cui osservanza entrambe le parti sono tenute nella fase di esecuzione del contratto”.

<sup>420</sup> Per S. Mazzamuto, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit., pag. 623, “come si è esclusa la diretta invocabilità delle norme costituzionali per riempire di contenuto il sintagma «casi determinati dalla legge» perché in tal modo si aggira il filtro dell'ingiustizia dal quale anche i diritti costituzionalmente protetti debbono transitare per spiegare i propri effetti nel settore della responsabilità extracontrattuale, così la diretta invocazione dei profili della personalità di rango costituzionale va esclusa dall'area del contratto, o, in chiave più generale, dell'obbligazione, poiché anche qui opera, oltre all'eventuale previsione di legge, un filtro consistente nel canone della correttezza/buona fede costituzionalmente coniugato che veicola i valori della persona protetti dalla Carta fondamentale nel regolamento contrattuale o nel piano dell'obbligazione sotto forma di obblighi di comportamento preposti alla salvaguardia dei valori personalistici: il congegno tecnico tramite cui l'innesto avviene è, dunque, rappresentato dalla «struttura dogmatica assiologicamente orientata» degli obblighi di protezione”.

<sup>421</sup> Per questi profili cfr. C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, cit., pag. 4 e ss. e, più diffusamente, L. Lambo, *Obblighi di protezione*, cit., pag. 195 e ss.

<sup>422</sup> Riferite da C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, cit., pag. 3.



essi in alcuni casi possano fare capo, in qualche maniera, non solo all'interesse negativo, bensì anche all'*expectation interest*.

Se, in altri termini, l'obbligo di non pregiudicare la persona dell'altro contraente per il fatto di venire in considerazione nel contesto di soggetti già in relazione "riceve la sua determinazione di senso non più dal dovere generico di *neminem laedere*, bensì dal rapporto obbligatorio in cui è inserito"<sup>423</sup>, qualora il risultato oggetto dell'obbligo di prestazione sia il tramite per la soddisfazione di interessi ascrivibili fra le prerogative riconosciute dall'art. 2 Cost., ciò sembra incidere non solo in ordine alla disciplina del risarcimento, ma anche con riferimento al contenuto del danno, il quale - in difetto - patirà la limitazione *ex art. 1225 c.c.* non richiamata dall'art. 2056 c.c.<sup>424</sup>, e - in eccesso - sarà costituito non solo da ciò che sarebbe nel contesto dell'*alterum non laedere*, vale a dire la sola «perdita subita», ma altresì in un certo qual senso anche da quel che esso è chiamato a riparare nell'ambito della responsabilità contrattuale - il mancato conseguimento di ciò che al creditore spettava -, sebbene, occorre precisarlo, tale danno non patrimoniale continui a scaturire non direttamente dall'inadempimento dell'obbligo di prestazione, perché gli interessi non patrimoniali abbiamo visto essergli estranei, bensì dalla violazione dell'obbligo di non pregiudicare la persona dell'altro contraente quale titolare di diritti inviolabili che in quel rapporto vengono indirettamente in considerazione nella loro completezza di attualità statica e dinamica. D'altra parte, se di dovere di protezione della persona connesso all'esecuzione della prestazione da una relazione di causalità si tratta<sup>425</sup>, la sua latitudine non sembra poter essere la medesima del danno invece solo occasionato dalla sussistenza del rapporto obbligatorio, che soggiace infatti alle regole degli artt. 2043 e ss. Al contrario, grazie al *medium* degli obblighi di protezione, che in quanto tali impongono il passaggio dalla logica del *non facere* a quella del *facere*, la persona sembra guadagnare quello spazio di tutela legato anche al suo essere «in potenza», che altrimenti, non potendo entrare nella struttura dell'obbligazione attraverso l'obbligo di prestazione trattandosi di un

---

<sup>423</sup> L. Mengoni, *La parte generale delle obbligazioni*, cit., pag. 288, corsivi nostri.

<sup>424</sup> Per C. Castronovo, *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1985, pag. 54, questa rappresenterebbe l'unica differenza col danno risarcibili in via aquiliana.

<sup>425</sup> L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., pag. 230, nota 15.

interesse non patrimoniale, sarebbe destinato a non rilevare nemmeno nella fase risarcitoria<sup>426</sup>.

Può essere utile fornire qualche esempio. Nel contratto di trasporto il risultato oggetto della prestazione - il trasferimento della persona da un luogo ad un altro - non è funzionale alla soddisfazione di un diritto inviolabile della persona, ragion per cui qualora l'inadempimento di essa comporti, per ipotesi, una lesione della persona del trasportato, ciò costituirà violazione dell'obbligo di protezione imposto dall'art. 1681 c.c. e il pregiudizio sarà limitato alla perdita di salute rispetto allo *status quo* in cui il soggetto si trovava prima dell'incidente.

Diversamente capiterà nel caso di un contratto fra medico e paziente quando quest'ultimo si rivolge al primo per curare una patologia già in atto. Qui il risultato oggetto della prestazione dovuta dal professionista - una buona cura e non la guarigione<sup>427</sup> - è di regola funzionale al soddisfacimento del diritto inviolabile alla salute, perciò l'inesatto inadempimento della prestazione, da un lato, può cagionare un danno al malato consistente nel peggioramento della sua salute (lesione dell'appartenenza), dall'altro, senza dubbio, si presenta quale ragione che ha impedito il miglioramento delle condizioni psico-fisiche del malato (lesione della speranza), interesse questo che, pur non essendo il corrispettivo del diritto di credito perché come detto il risultato dovuto al paziente era soltanto una buona cura, aveva spinto il debitore a rivolgersi al professionista. Del relativo danno biologico, comprendente l'aggravamento dello stato morboso ovvero l'insorgenza di una nuova malattia, nonché

---

<sup>426</sup> Per C. Castronovo, *Il giovane Arturo Dalmartello e il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Jus*, 2009, pagg. 210-211, "all'interno del rapporto obbligatorio le situazioni soggettive a tutela della persona e della sua sfera giuridica non costituiscono il correlato attivo dell'obbligo di prestazione bensì di obblighi di protezione".

<sup>427</sup> Cfr. L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., pagg. 146-147, "l'interesse, che è la premessa del rapporto stretto dal cliente col medico, tende al mutamento di uno stato di malattia (situazione iniziale) in uno stato di salute (situazione finale). Invero fine della medicina, e così ciò per cui si ricorre all'arte medica, è la sanità. Ma il risultato dovuto, ossia il termine finale dell'obbligazione, non è la guarigione, bensì un complesso di cure adatte a guarire: in breve, una buona cura. La guarigione dipende troppo poco dalla volontà del medico e dalla collaborazione del malato perché possa essere dedotta in obbligazione. Il medico può soltanto mettere in essere alcune condizioni necessarie o utili per promuovere il risanamento dell'infermo: ma la riuscita della cura esige purtroppo la presenza di altri elementi, sui quali il medico non ha potere". Per l'accoglimento da parte della giurisprudenza di questa soluzione cfr., tra gli altri, A. Nicolussi, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, cit., pag. 871 e ss., a commento di Cass., Sez. Un., n. 577 dell'11 gennaio 2008.

l'inalterata patologia che la corretta esecuzione del trattamento avrebbe potuto eliminare, il sanitario, non potendo essere chiamato a rispondere in base all'obbligo di prestazione che anziché la guarigione aveva ad oggetto una terapia ineccepibile dal punto di vista della perizia professionale, lo sarà invece per la violazione dell'obbligo di protezione volto a preservare la salute del paziente sia nel suo profilo statico, che in quello dinamico<sup>428</sup>, diversamente si finirebbe per assicurare una protezione del diritto alla salute, per così dire, "mutilata". Proprio quest'ultima prospettiva sembra rifiutata da una pronuncia della Cassazione<sup>429</sup>, la quale si è trovata a dover affrontare il caso di una paziente che a seguito di un trattamento mal eseguito lamentava non solo il peggioramento delle proprie condizioni<sup>430</sup>, ma altresì di soffrire ancora degli stessi disturbi che l'avevano indotta a rivolgersi a quel professionista (c.d. inalterazione). Ebbene, la Corte ha stabilito che il mancato miglioramento impedito dalla scorretta esecuzione della prestazione impone al medico di risarcire il danno non patrimoniale consistente nelle conseguenze "di carattere fisico e psicologico"<sup>431</sup>, individuate nelle "sofferenze patite, conseguenze psicologiche dovute alla persistenza della patologia e alla prospettiva di subire una nuova operazione, ecc."<sup>432</sup>, rinvenendo peraltro in questa

---

<sup>428</sup> Come evidenzia A. Nicolussi, *L'interesse del creditore e il risultato dell'obbligazione*, cit., pag. 136, "ciò non significa [...] che il mancato miglioramento costituisce necessariamente il risultato dovuto dal debitore professionista, essendo per lo più sufficiente la buona cura (ineccepibile dal punto di vista della perizia professionale) a evitare la stessa responsabilità; ma la cattiva cura, quale mancato risultato intermedio dovuto dal debitore, in quanto (essa è) inadempimento apre il tema delle conseguenze risarcibili (art. 1223 c.c.) tra le quali il mancato miglioramento può rientrare". Immaginiamo il caso di Tizio che deve essere operato per la ricostruzione dei legamenti del ginocchio destro. Questi si rivolge al dott. Caio, il quale sciaguratamente interviene su quello sinistro, peraltro in maniera scorretta, causando la lesione dei legamenti anche di quell'arto. Ora, il medico sembra dover rispondere per violazione dell'obbligo di proteggere la salute a tutto tondo della persona che a lui si è rivolta, non solo del danno cagionato al ginocchio sinistro, ma anche della persistente invalidità del ginocchio destro che il corretto adempimento della prestazione avrebbe solo potuto, perché oggetto della prestazione è la cura e non la guarigione, rimuovere, ma che certo l'inadempimento ha protratto.

<sup>429</sup> Cass. Civ., Sez. III, n. 8826 del 13 aprile 2007, disponibile in [www.dejure.it](http://www.dejure.it), commentata da M. Gorgoni, *Le conseguenze di un intervento chirurgico rivelatosi inutile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, pag. 1824 e ss.

<sup>430</sup> Costituito dal peggioramento del difetto estetico, che tuttavia il Collegio ha ritenuto escluso dal *thema decidendum* per difetto di prova.

<sup>431</sup> Cass., 8826/07, cit.

<sup>432</sup> *Ibidem*. Il fatto che sia stato dichiarato responsabile un medico operante all'interno di una struttura sanitaria - l'unica effettiva debitrice della prestazione nei confronti del paziente - ha indotto la dottrina a discutere sulla bontà della scelta dei giudici di riconoscere all'obbligo di protezione sussistente in capo al sanitario la capacità di coprire non solo l'ambito dell'appartenenza, ma anche quello della spettanza. Vede con favore tale soluzione A. Nicolussi, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, cit., pag. 874, in ragione del

possibilità uno tra i vantaggi derivanti dal fatto di attribuire alla responsabilità del medico natura contrattuale piuttosto che aquiliana. È bene mettere in luce però che tutto ciò non avverrà sempre, perché potranno darsi fattispecie nelle quali, allo stesso modo che nel contratto di trasporto, il medico dovrà risarcire solo la lesione dell'appartenenza, perché la spettanza è stata pienamente soddisfatta. Si pensi al caso di un'operazione di appendicectomia correttamente eseguita, al termine della quale il paziente viene però sfregiato sul volto dal bisturi sfuggito di mano al chirurgo: qui non verrà in considerazione nessun mancato miglioramento, ma solo il danno biologico causato dalla lesione sul viso.

Un'altra ipotesi può rinvenirsi nell'ambito del rapporto di lavoro. La giurisprudenza, affrontando casi in cui al lavoratore regolarmente retribuito veniva però imposta una

---

fatto che "la particolarità dell'obbligazione di protezione, fuori dalla cornice di un rapporto obbligatorio ordinario o di un contratto, è soltanto di costituire una pura figura di responsabilità da inadempimento, un diritto di credito (alla protezione) senza pretesa: il paziente non ha diritto di esigere l'adempimento verso quel medico determinato, ma, una volta che il medico abbia prestato il suo servizio, la valutazione dell'inadempimento di quella che è un'obbligazione puramente di protezione deve essere condotta alla stessa stregua della prestazione professionale esigibile in una situazione analoga". Di diversa opinione è invece il più insigne studioso della categoria degli obblighi di protezione, C. Castronovo, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., pag. 706 e ss., secondo il quale "parlare di un diritto di credito alla protezione significa precisamente trasformare un puro obbligo (di protezione) in una pretesa, in contrasto con il punto di partenza, anche della Cassazione, che di una pretesa del paziente nei confronti del medico non è dato parlare", tutt'al più quindi dell'inalterazione, afferendo essa all'obbligo di prestazione, "l'unico soggetto nei confronti del quale il paziente potrà lagnarsi è la struttura sanitaria" (pag. 707). Ora, lo stesso A. Nicolussi, *L'interesse del creditore e il risultato dell'obbligazione*, cit., pag. 136, nota 55, ha poi precisato che "se l'assenza di un vincolo contrattuale, e quindi di una fonte formale dell'obbligo, impedisce il sorgere di una pretesa alla prestazione, l'affidamento nello stato professionale del medico, al quale nella pratica si aggiunge anche la sottoscrizione di un consenso informato, vincola il medico che esegua la prestazione a eseguirla secondo le regole dell'arte procurando quel risultato che secondo i casi può reputarsi dovuto". In effetti la questione sembra dipanarsi nel momento in cui si chiarisce rispettivamente il contenuto dell'obbligo di prestazione in capo alla struttura e quello dell'obbligo di protezione in capo al medico: la prima è tenuta a far eseguire nei confronti del paziente una buona cura, mentre il secondo ha il dovere, nell'esecuzione di essa, di proteggere il diritto inviolabile alla salute del paziente. Se così è all'inalterazione - intesa quale danno non patrimoniale costituito dalla persistenza dello stato patologico, cioè il mancato miglioramento - non sembra poter far capo l'obbligo di prestazione, perché esso non comprende la guarigione, ma solo una buona cura, mentre sembra poter venire al contrario in considerazione l'obbligo di salvaguardare la salute del paziente che l'inesatta esecuzione del trattamento (inadempimento dell'obbligo di prestazione) ha impedito di ristabilire. Peraltro riferendosi all'obbligo di prestazione per risarcire il danno da inalterazione, oltre alla complicazione derivante dal fatto che il danno non patrimoniale andrebbe "suddiviso" nella "quota" che afferisce alla lesione dell'appartenenza (peggioramento in capo al medico) e in quella che invece riguarda la lesione della spettanza (mancato miglioramento in capo alla struttura), si rischierebbe per far divenire il miglioramento oggetto della stessa, laddove riferendosi all'obbligo di protezione ciò non sembra accadere perché esso viene in considerazione non come risultato che può essere preteso nei confronti del medico, quanto quale mancata tutela della salute «in potenza» che la cattiva cura ha causato, ragion per cui se il trattamento è eseguito secondo la perizia professionale di esso il medico non potrà essere chiamato a rispondere.

forzata inattività senza assegnazione di compiti, ha messo in luce come il lavoro debba essere inteso non solo quale strumento utile per il sostentamento, ma altresì occasione per l'estrinsecazione della personalità del lavoratore<sup>433</sup>. La concretezza della fattispecie mostra tuttavia che per tale profilo a nulla varrebbe richiamare l'obbligo di prestazione del datore di lavoro, perché questi, continuando a retribuire il dipendente, non poteva qualificarsi inadempiente. Solo concependo l'obbligazione quale rapporto complesso in cui a corona della prestazione stanno una serie di obblighi di protezione<sup>434</sup>, l'eventuale danno non patrimoniale subito dal lavoratore<sup>435</sup> può dirsi risarcibile, il quale però non pare debba essere limitato, *mutatis mutandis*, alla sola perdita di personalità subita dal lavoratore, ma anche al mancato incremento di essa che il poter lavorare avrebbe favorito. In altre parole e più in generale un autore ha affermato che gli obblighi di protezione in capo al datore di lavoro sono in grado non solo di imporre "di rispettare astrattamente la sfera personale del prestatore, ma, in un'ottica rovesciata, di fungere da mezzo diretto e imprescindibile di ordinario godimento di tale sfera da parte del suo titolare, ossia di concorrere ad amministrarla in modo oculato, promuovendo in via cooperativa la migliore realizzazione sia in termini di compensazione degli effetti pregiudizievoli non altrimenti evitabili (normale stress, invecchiamento, ecc.) sia in termini di sistematica prevenzione di quelli evitabili (sicurezza sul lavoro ecc.)"<sup>436</sup>.

---

<sup>433</sup> La Suprema Corte ha più volte ribadito che attraverso il lavoro "ciascuna persona realizza le proprie capacità, contribuendo al tempo stesso al progresso e all'evoluzione del consesso sociale". In questo senso cfr., *ex multis*, Cass. Civ., Sez. Lav., n. 17564 del 2 agosto 2006, in *Notiziario giur. lav.*, 2006, pag. 632 e ss. D'altra parte è lo stessa Costituzione che all'art. 4 fa parola di diritto "al lavoro". Mette ben in luce il nesso fra lavoro e persona U. Romagnoli, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio di uguaglianza*, in *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, cit., pag. 15, il quale evidenzia che "anche il senso comune attribuisce al lavoro una valenza antropologicamente fondativa: chi non lavora non ha, ma soprattutto non è".

<sup>434</sup> Per M. Barcellona, *Il danno non patrimoniale*, cit., pagg. 91-92, quando le scelte del datore di lavoro incidono sull'integrità fisica o sulla personalità del lavoratore, esso "incorre in una responsabilità che è contrattuale perché attiene all'esercizio illegittimo di poteri contrattuali ma che risponde ad una logica extracontrattuale o - se si vuole - ad una logica ulteriore rispetto a quella propria dell'inadempimento perché dipende dalle implicazioni che l'esercizio illegittimo di tali poteri contrattuali riveste per quel che è, e deve rimanere, esterno al contratto ed alla subordinazione che ne discende".

<sup>435</sup> Per S. Mazzamuto, *Un rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime di inadempimento*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003, pag. 682, "è indubbia la natura non patrimoniale" del danno da forzata inattività.

<sup>436</sup> *Ivi*, pag. 658.

Valutata l'ampiezza di tutela offerta dall'utilizzo della categoria degli obblighi di protezione e tornando così al discorso generale, occorre da ultimo mettere in luce che il riferimento ai diritti inviolabili sembra altresì in grado di soddisfare il requisito della prevedibilità *ex art. 1225 c.c.* Invero la rilevanza che tali prerogative occupano nel sistema sembra porsi quale elemento in grado di considerarlo ragionevolmente soddisfatto se non nel preciso ammontare, quantomeno nell'*an*, poiché le parti sono tenute a sapere e valutare l'opportunità di assumersi il rischio connesso al fatto che l'instaurazione di quel rapporto obbligatorio fa sorgere oltre all'obbligo di prestazione anche il relativo dovere di non pregiudicare la persona dell'altro contraente, dall'inadempimento del quale non potrà che seguire il relativo onere di risarcire il danno non patrimoniale eventualmente causato<sup>437</sup>.

Una regola di tal fatta - il danno non patrimoniale da inadempimento, grazie all'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 1175 c.c. e per il tramite degli obblighi di protezione, è risarcibile nei casi in cui l'inadempimento abbia leso un diritto inviolabile della persona riconosciuto dalla Carta fondamentale -, che andrebbe affiancarsi a quella prevista nell'art. 1223 c.c. in merito al danno patrimoniale da inadempimento<sup>438</sup>, pare avere il pregio di garantire una certa coerenza al sistema, perchè non presenta *deficit* rispetto alla tutela garantita alla persona in ambito

---

<sup>437</sup> In questo senso anche E. Navarretta, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 74, secondo la quale "quando il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto alla lesione di diritti inviolabili della persona, lo stesso risulta prevedibile in relazione alla natura degli interessi coinvolti, come si evince dalla giurisprudenza in materia di lesioni contrattuali del diritto alla salute, che mai ha prospettato un problema di (im)prevedibilità del danno conseguente". Non sembra discostarsi da questa soluzione se non per la terminologia utilizzata G. Colacino, *Inadempimento, danno non patrimoniale e regole di responsabilità*, in *Contr. impr.*, 2009, pag. 667, quando suggerisce di "ritenere che il danno prevedibile (e, quindi, risarcibile) a *latere debitoris* non sia tanto quello legato ad una generica conoscenza o conoscibilità (soggettiva) dell'evento dannoso quanto, piuttosto, quello che concretizzi il rischio (obiettivamente) divisato dal contratto". Di diverso avviso sembra invece L. Lambo, *Obblighi di protezione*, cit., pag. 227, secondo il quale visto il riferimento al momento in cui è sorta l'obbligazione impedisce che la norma "sia applicabile agli obblighi che sorgono dalla correttezza-buonafede oggettiva", ma la conclusione si innesta in una costruzione che rifiuta qualsivoglia tipizzazione degli interessi cui gli obblighi di protezione sarebbero preordinati ed è con essa coerente, tuttavia il riferimento alla categoria dei diritti inviolabili proposto vale proprio a garantire che la consapevolezza del rischio che le parti si assumono ci sia fin dal momento in cui sorge l'obbligazione. Ancor più categorica è la posizione di A. Gnani, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, cit., pag. 179, per il quale l'art. 1225 c.c. consentirebbe "di rilevare l'incongruenza, sotto il profilo sistematico di responsabilità, della c.d. obbligazione senza prestazione".

<sup>438</sup> Anche S. Delle Monache, *Interesse non patrimoniale e danno da inadempimento*, cit., pag. 723, sembra dell'idea di non ritenere invocabile l'art. 1223 quanto si debba considerare il danno non patrimoniale e di inadempimento.

aquiliano e tuttavia non oblitera le peculiarità della responsabilità contrattuale in punto di onere della prova, prescrizione e consistenza del danno risarcibile. Certo anche ove la responsabilità consegua alla violazione di un rapporto obbligatorio, così come quando la responsabilità è extracontrattuale, risulta necessario che la lesione si realizzi, utilizzando categorie nate in materia di illecito, con riferimento al «danno evento» e non alle conseguenze di esso, perché altrimenti, visto che ogni inadempimento poco o tanto incide sul pieno sviluppo della personalità del creditore, si finirebbe per rovesciare il contenuto del dato normativo giungendo ad una risarcibilità senza limiti del danno non patrimoniale da inadempimento<sup>439</sup>.

Nei suoi termini ultimi, peraltro, la soluzione proposta non si discosta troppo da quanto la Cassazione, seppur senza un esplicito richiamo agli obblighi di protezione<sup>440</sup> e offrendo una lettura dell'art. 1223 c.c. idonea a rendere la norma applicabile anche ai pregiudizi non economici<sup>441</sup>, ha statuito con la decisione a Sezioni Unite del novembre 2008. Per il Supremo Collegio infatti “dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale”<sup>442</sup>.

### **2.3. IL DANNO CONTRATTUALE FRA CODICE E AUTONOMIA PRIVATA**

L'indagine in ordine alle ipotesi in cui il danno non patrimoniale da inadempimento trova ristoro non può limitarsi tuttavia a quella costruita sulla figura degli obblighi di

---

<sup>439</sup> Tale criterio è stato esplicitato dalle Sezioni Unite 26972/08, cit., n. 3.5, con riferimento alla responsabilità da fatto illecito, ma non sembrano sussistere ragioni perché esso non valga anche per quella contrattuale. Si pensi al caso del contratto di trasporto, evidentemente il ritardo nell'arrivo o nella partenza si frappone quale ostacolo al pieno sviluppo della personalità del viaggiatore che magari è costretto a rinviare l'appuntamento fissato con una persona a lui cara. Ora a non seguire la regola proposta dalle Sezioni Unite la sofferenza patita per il rinvio dell'appuntamento sarebbe risarcibile, vigendo essa invece no, perché il diritto a che i treni siano in orario non può ascrivere fra quelli inviolabili ex art. 2 Cost.

<sup>440</sup> Anche se la Corte richiama, n. 4.3, “i c.d. contratti di protezione” (rapporti medico-paziente, allievo-istituto scolastico) quali ipotesi paradigmatiche di casi in cui il danno non patrimoniale da inadempimento è risarcibile.

<sup>441</sup> Cass., Sez. Un., 26972/08, cit., n. 4.7, per le quali “più ampio contenuto va individuato nell'art. 1223 c.c. [...], riconducendo tra le perdite e le mancate utilità anche i pregiudizi non patrimoniali”.

<sup>442</sup> *Ivi*, n. 4.1.

protezione. L'origine legale di questi ultimi lascia infatti scoperto il considerevole fronte riguardante l'autonomia delle parti che, soprattutto in quella particolare ipotesi di rapporto obbligatorio che è il contratto, trova il luogo di suo maggior esercizio.

La questione non si pone tanto con riferimento ai diritti inviolabili, perché abbiamo visto che essa viene risolta in senso affermativo e in più, quando il risultato dovuto dal debitore è funzionale alla soddisfazione di uno di essi, ciò induce a dilatare il contenuto del danno risarcibile fino ad includervi anche la spettanza delusa, quanto in relazione alla possibilità che, essendo il diritto di credito alla prestazione diretto alla soddisfazione di interessi altri da quelli ascrivibili fra le prerogative riconosciute dall'art. 2 Cost., dall'inadempimento segua l'obbligo di risarcire non solo il pregiudizio economico, ma altresì il danno non patrimoniale causato dalla loro frustrazione.

### **2.3.1. Il contratto fra interessi voluttuari e patrimonialità del rapporto**

A ben guardare si tratta di una problematica non del tutto nuova, tanto è vero che Arturo Dalmartello già nel 1933 vi aveva dedicato un saggio dal titolo "Danni morali contrattuali"<sup>443</sup>, nel quale tuttavia distingue fra il pregiudizio consistente nei "semplici timori e preoccupazioni o emozioni"<sup>444</sup> e quello derivante dalla lesione di un "diritto primario e fondamentale della persona"<sup>445</sup> finendo per ritenere irrilevante il primo e invece risarcibile, grazie all'archetipo rappresentato dal contratto di trasporto in cui il vettore si assume l'obbligo di preservare l'incolumità del passeggero<sup>446</sup>, il secondo<sup>447</sup>.

Nei tempi recenti tuttavia, probabilmente quale frutto dell'economia moderna nella quale la ricchezza diffusa ha favorito l'incremento dello scambio di beni e servizi<sup>448</sup>, il

---

<sup>443</sup> In *Riv. dir. civ.*, 1933, pag. 53 e ss.

<sup>444</sup> *Ivi*, pag. 54.

<sup>445</sup> *Ivi*, pag. 65.

<sup>446</sup> *Ivi*, pag. 56, dove l'a. si domanda: "Il passeggero si affida al vettore perché lo trasporti da un luogo ad un altro: tra le obbligazioni implicite, organiche di questo contratto non figura forse questa: l'obbligazione del vettore di portare il passeggero sano e salvo al luogo dell'arrivo? In altri termini il vettore non garantisce la sicurezza del passeggero? E non assume per contratto il dovere di tutelare la sua incolumità?".

<sup>447</sup> *Ivi*, pag. 65.

<sup>448</sup> F. Macario - C. Scognamiglio, *Il danno non patrimoniale contrattuale. Introduzione ai temi del Dibattito*, in *I contratti*, 2010, pag. 702, affermano che "la pagina del sociologo descrive, del resto,



problema del risarcimento delle aspettative che si intendevano soddisfare con la stipula del contratto<sup>449</sup> e sono state invece deluse a causa dall'inadempimento si è posto con sempre maggior frequenza.

Non sono mancate però voci che hanno messo in luce come a ben guardare l'area dei contratti attraverso i quali si mira a soddisfare interessi non patrimoniali è molto vasta, se non illimitata, e tocca sia necessità primarie - come il bisogno di nutrirsi cui si fa capo mediante l'acquisto di cibo - sia esigenze più frivole - come quella di essere "alla moda" cui si ottempera mediante l'acquisto di quel determinato indumento<sup>450</sup>.

Orbene, *condicio sine qua non* affinché tali interessi possano trovare un riscontro nella fase patologica del contratto attraverso il risarcimento del danno morale causato dall'inadempimento è che essi siano in qualche modo entrati a far parte del rapporto obbligatorio nella sua fase genetica. Si pone, in altri termini, la problematica già affrontata con riferimento alla categoria generale dell'obbligazione, dove si è potuto accertare che, stando al dato normativo, gli interessi non patrimoniali cui la prestazione può corrispondere, di regola, non entrano a far parte della struttura

---

l'esistenza dell'*homo consumens* come costellata, se non talora ossessivamente riempita, di bisogni che solo limitatamente attengono al piano degli interessi patrimoniali e che, sempre più spesso, si riferiscono, invece all'area degli interessi non patrimoniali (dai bisogni culturali, o pseudo tali, ai bisogni di svago o ricreazione) e che trovano il proprio momento di giuridificazione proprio nell'ambito dei contratti e comunque in relazione all'esistenza di un rapporto obbligatorio, cui sia riconducibile l'inadempimento all'origine del danno".

<sup>449</sup> Per G. Conte, *Considerazioni critiche sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, in *I contratti*, 2010, pag. 712, "il contratto non è più solo il mezzo di regolazione degli affari strettamente economici, ma ormai è diventato lo strumento cui ci si affida per soddisfare i più diversi e variegati bisogni, molti dei quali di natura non patrimoniale".

<sup>450</sup> S. Delle Monache, *Interesse non patrimoniale e danno da inadempimento*, cit., pag. 725, riporta, tra gli altri, l'esempio di un soggetto che acquista un paio di occhiali dove il compratore "non valuta la spesa sostenuta in rapporto all'incremento patrimoniale rappresentato dal bene di cui acquista la proprietà, ma unicamente rispetto all'interesse a migliorare la propria capacità visiva", così come "l'acquirente di un vestito da cerimonia non pensa se non a ben figurare in una certa occasione". Nello stesso senso anche C. Scognamiglio, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in S. Mazzamuto (a cura di), *I contratti e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, pag. 472, il quale fa riferimento alle ipotesi di contratti "destinati a soddisfare bisogni di svago, crescita culturale, di divertimento, delle quali i contratti di viaggio costituiscono un esempio assai importante, ma non certamente l'unico"; e A. D'Adda, *Danno da inadempimento contrattuale e «diritto privato europeo»: le scelte dei principî aquis*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, pagg. 598, "l'inadempimento di qualsivoglia contratto - persino della compravendita di quattro pneumatici, che non consentono l'utilizzo dell'autovettura per recarsi allo stadio - potrebbe dare al creditore insoddisfatto l'opportunità di lamentare non solo perdite economiche, bensì anche pregiudizi inerenti la propria sfera personale di interesse".

dell'obbligazione nella sua linearità di obbligo di prestazione finalizzato a soddisfare il risultato "suscettibile di valutazione economica" atteso dal creditore<sup>451</sup>.

In questo caso nemmeno ci si potrà rifare agli obblighi di protezione, perché l'origine legale di questi, come visto, limita il loro raggio di azione a ciò che la fonte integratrice richiama, vale a dire i diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione<sup>452</sup>.

D'altra parte il *sinallagma* - generalmente nella materia che ci occupa vengono in considerazione contratti a prestazioni corrispettive - rappresenta il punto di equilibrio che le parti hanno ritenuto congruo al punto da vincolarsi e le "ragioni di scambio fissate nell'equivalenza contrattuale segnano necessariamente i limiti entro cui ciascun contraente si assume i rischi del rapporto con l'altro: il prezzo delimita l'ambito di rilevanza delle aspettative contrattuali e, poiché si determina in rapporto al *valore d'uso sociale* della prestazione [...], circoscrive a ciò che in tale valore rientra il calcolo delle loro delusioni ed il risarcimento degli eventuali pregiudizi"<sup>453</sup>.

Come se non bastasse, da ultimo, a confermare l'estraneità degli interessi non patrimoniali all'istituto del contratto vi è l'art. 1321 c.c., il quale nel definirlo "l'accordo fra due o più parti per costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale" sembra rappresentare una specificazione dell'art. 1174 c.c. nel senso del rifiuto della confusione fra piano dell'essere e piano dell'avere<sup>454</sup>.

---

<sup>451</sup> Cfr. § 2.1.

<sup>452</sup> Si veda *ut supra* § 2.2. e segnatamente § 2.2.2.

<sup>453</sup> M. Barcellona, *Il danno non patrimoniale*, cit., pagg. 88-89 (corsivi nel testo). Anche G. Colacino, *Inadempimento, danno non patrimoniale e regole di responsabilità*, cit., pag. 664, evidenzia che "il contratto è indubbiamente un'operazione economica che implica una distribuzione dei rischi tra le parti (in ordine alla realizzazione degli scopi programmati) tendenzialmente equilibrata. Il debitore, in particolare, assume il rischio della prestazione promessa e della sua eventuale mancata esecuzione: in caso di inadempimento sarà tenuto a risarcire al creditore il danno subito mediante una somma equivalente al valore di mercato, del bene o servizio non fornito (salvo il cd lucro cessante connesso alla perdita di occasioni di guadagno, ma sempre nell'ottica di una valutazione economica legata a parametri di mercato). Il rischio anzidetto, nella dinamica del contratto, viene 'remunerato' dal corrispettivo pagato al creditore: in tal guisa, l'operazione voluta dalle parti troverà il suo equilibrio in questo scambio di valori (prestazioni e rischi) sostanzialmente omogenei".

<sup>454</sup> Fra gli altri V. Roppo, *Il contratto*, cit., pag. 5, afferma che "la vocazione del contratto ad operare nel campo patrimoniale emerge con chiarezza dalle norme indicanti le due funzioni del contratto che (anche per essere le uniche così puntualmente esplicitate) devono ritenersi le funzioni principali in esso. Il contratto serve per trasmettere e acquistare la proprietà (art. 922): e i rapporti di proprietà sono patrimoniali per antonomasia. Il contratto serve per creare obbligazioni (art. 1173): e l'obbligazione ha

Il problema allora è quello di individuare uno strumento attraverso cui tali interessi possano entrare nella fisiologia del contratto, di modo che sia ad essi riconosciuto valore nel caso di mancata esecuzione.

### 2.3.2. La fragile costruzione della c.d. causa concreta

Prova del fatto che tale questione costituisce lo snodo fondamentale è la circostanza che essa sia avvertita dalla stessa dottrina che si proclama a favore della risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali conseguenza di una lesione di interessi altri dai diritti inviolabili<sup>455</sup>.

Per superare l'*empasse* e nell'intento di garantire dignità strutturale agli interessi non patrimoniali che hanno ultimamente determinato le parti nella decisione di stipulare il contratto, la proposta che ha raccolto maggiori consensi sembra essere quella che suggerisce di riferirsi alla c.d. causa concreta<sup>456</sup>, cui le stesse Sezioni Unite fanno riferimento quando affermano che "l'individuazione, in relazione alla specifica ipotesi contrattuale, degli interessi compresi nell'area del contratto che, oltre a quelli a

---

per oggetto una prestazione con «carattere patrimoniale», ovvero «susceptibile di valutazione economica» (art. 1174 rubrica e testo)".

<sup>455</sup> Per G. Conte, *Considerazioni critiche sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, cit., pag. 713, "anche la lesione di valori personali di rango inferiore merita una reazione da parte dell'ordinamento giuridico secondo gli strumenti della tutela contrattuale, l'importante è che a queste utilità non patrimoniali, di qualunque rango esse siano, sia possibile accordare rilievo attraverso le consuete tecniche di rilevazione degli interessi dei contraenti". Allo stesso modo per C. Scognamiglio, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, cit., pagg. 476-477, il problema "si interseca, inevitabilmente, [...] col problema «a monte» dell'individuazione [...] dei comportamenti effettivamente configurabili come oggetto dell'obbligo del debitore", come per A. D'Adda, *Danno da inadempimento contrattuale e «diritto privato europeo»: le scelte dei principi aquis*, pag. 598, "la previsione di un filtro alla risarcibilità del danno non patrimoniale da contratto, in considerazione dei caratteri dell'impegno violato, impone invece all'interprete un controllo particolarmente pregnante del nesso tra inadempimento e danno non patrimoniale".

<sup>456</sup> Cfr. C. Amato, *Il danno non patrimoniale da contratto*, in G. Ponzanelli (a cura di), *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, Padova, 2004, pag. 156 e ss.; *Id.*, *Nozione unitaria di danno non patrimoniale e autonomia negoziale*, in *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 28 e ss., per la quale "lo strumento di controllo del regolamento negoziale è oggi offerto dalla più moderna nozione di causa concreta del rapporto negoziale che, utilizzando i criteri di interpretazione del contratto messi a disposizione del codice civile (artt. 1362 ss., e specialmente 1366), consente di delimitare con maggior esattezza il contenuto dell'obbligo del debitore di individuare l'interesse (anche non patrimoniale) del creditore. M. Maggiolo, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, cit., pag. 668 e s.; A. D'Adda, *Danno da inadempimento contrattuale e «diritto privato europeo»: le scelte dei principi aquis*, cit., pag. 604; C. Scognamiglio, *Le mobili frontiere della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit., pag. 20; ma già un riferimento in M. Costanza, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, cit., pag. 131.

contenuto patrimoniale, presentino carattere non patrimoniale, va condotta accertando la causa concreta del negozio, da intendersi come sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato<sup>457</sup>.

L'ipotesi dogmatica suscita tuttavia una serie di perplessità che paiono emergere anche nel ragionamento delle stesse Sezioni Unite appena citate e, in particolare, ove si noti che il Collegio effettua sì quel richiamo, ma in un'ottica di tutela circoscritta ai diritti inviolabili della persona, laddove il riferimento alla causa concreta nella proposta avanzata dalla dottrina viene indicata proprio per superare tale confine. Sembra, in altri termini, che la Cassazione riponga in tale strumento una fiducia, per così dire, limitata, il che tuttavia ne riduce di molto, se non interamente, la portata<sup>458</sup>.

D'altra parte in effetti esso non pare idoneo a svolgere il compito affidatogli. Se la necessità cui occorre far capo è quella di individuare uno strumento capace di selezionare e di conseguenza permettere l'ingresso nella struttura negoziale di interessi che altrimenti vi sarebbero estranei, la figura della causa concreta non pare fornire idonee garanzie di certezza e, anzi, nei suoi confronti non si possono tacere alcune riserve che ne mettono in dubbio l'affidabilità<sup>459</sup>.

Senza alcuna pretesa di esaustività, da un lato, sussistono perplessità circa la sua configurabilità *tout court*, cioè non in un discorso rivolto alla questione del risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento, quanto all'intera materia contrattuale. Essenzialmente il problema riguarda proprio la linea di confine tra il

---

<sup>457</sup> Cass., Sez. Un., 26972/08, cit., n. 4.2.

<sup>458</sup> Di questo accoglimento "con riserva" si avvede una fra le più convinte promotrici della soluzione, C. Amato, *Nozione unitaria di danno non patrimoniale e autonomia negoziale*, cit., pag. 24 e ss., la quale non esita ad affermare che "con uno stile che riporta al formalismo di Langdell vengono così sacrificati sull'altare della coerenza dogmatica quegli interessi, pure non suscettibili di valutazione economica, inseriti dalle parti in un regolamento pregresso rispetto all'obbligazione risarcitoria; eppure non degni di tutela giuridica perché non appartenenti - almeno in quel momento storico - alla categoria dei diritti inviolabili di rango costituzionale. Così svilendo la stessa nozione di causa concreta, appena affermata" (pag. 25).

<sup>459</sup> Per A.M. Benedetti, *Chi non adempie, o adempie male, deve risarcire «anche le lacrime»?* *Annotazione sul danno morale da contratto*, in *Giur. it.*, 2009, pag. 1055, il riferimento alla causa concreta "suscita più di una perplessità; non tanto perché della causa qualcuno ha da tempo registrato la «morte» la successiva «resurrezione», ma anche perché ricorrere alla causa sembra essere un esercizio buono solo a parole, data l'«equivoca poliedricità» di un concetto dal quale difficilmente possono ricavarsi concrete regole operative".

requisito chiesto dal n. 2 dall'art. 1325 c.c. e la categoria dei motivi soggettivi che hanno indotto le parti a vincolarsi<sup>460</sup>, perché l'assolutizzazione del punto di vista concreto rischia di obliterare le differenze fra questi due elementi, se non di portare ad un ritorno alla causa in senso soggettivo<sup>461</sup>. Il problema è avvertito non solo dalla dottrina, peraltro sia da parte di chi ne ha promosso l'adozione<sup>462</sup>, sia da coloro che vi si oppongono<sup>463</sup>, ma anche da quella giurisprudenza che nell'abbandonare la funzione economico-sociale a favore di quella economico-individuale definisce la causa quale "sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti"<sup>464</sup>.

Dall'altro, proprio con riferimento alla materia che qui ci occupa, anche a voler prendere atto del fatto che la costruzione della causa concreta sembra ormai definitivamente accolta dalla giurisprudenza, non si può tuttavia dimenticare che ciò è avvenuto essenzialmente con riguardo al momento genetico del contratto e alla sua valida formazione<sup>465</sup> pertanto la sua rilevanza anche nella fase patologica in cui questo potrebbe trovarsi non può darsi per scontata, perché, come è stato messo in luce, "bisogna guardarsi dal ritenere che la «contrattualizzazione» di un *interesse non*

---

<sup>460</sup> Sul tema in generale cfr. C. Scognamiglio, *Problemi della causa e del tipo*, in G. Vettori (a cura di), *Trattato del contratto - Regolamento*, Milano, 2006, pag. 165 e ss.

<sup>461</sup> A proposito della quale cfr. R. Sacco, *Il contratto*, I, Torino, 2005, pagg. 777 e ss., M. Giorgianni, voce «Causa», in *Enc. dir.*, 1960, pag. 547 e ss., nonché A. Di Majo, voce «Causa del negozio giuridico», in *Enc. giur. Treccani*, 1988, pag. 1 e ss.

<sup>462</sup> G.B. Ferri, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. del 1865 al cod. civ. del 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1986, pag. 137 e ss., *Id.*, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1987, pagg. 213-214. V. Roppo, *Il contratto*, cit., pag. 364, ci tiene a puntualizzare che "«concreto» non si identifica con «soggettivo»; la concretezza può (e qui deve) declinarsi in termini di oggettività" (corsivi nel testo).

<sup>463</sup> Per F. Angeloni, *Liberalità e solidarietà. Contributo allo studio del volontarismo*, Padova, 1994, pag. 116 e ss., il richiamo alla funzione economico-individuale finisce per far collimare la causa nei motivi. Meno *tranchant* è R. Rolli, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contr. e Impr.*, 2007, pag. 447 e ss., per la quale il rischio "di giungere a identificare la causa non più nella funzione dell'atto, ma nei variabili interessi dei contraenti" (pag. 449) può essere fugato a patto che si riconosca che "la causa concreta non è, dunque, se non l'attuazione della causa astratta nella singola operazione contrattuale".

<sup>464</sup> Cass. Civ., Sez. III, n. 10490 dell'8 maggio 2006, in *Riv. Not.*, 2007, pag. 184 e ss., con nota di C. Ungari Transatti, *La Cassazione sposa la tesi della causa in concreto del contratto*.

<sup>465</sup> Il caso da cui trae spunto Cass. 10490/06, cit. era quello di un soggetto che pur ricoprendo già cariche amministrative in una società ne era divenuto anche consulente e per servizi resi a titolo di questo secondo rapporto chiedeva la relativa remunerazione. La Corte risolve la questione ritenendo nullo il contratto per mancanza di causa dato che questa era già oggetto dell'attività di consulenza che la qualifica di amministratore imponeva di svolgere al ricorrente.

*patrimoniale*, mediante il suo assorbimento nella causa, ne determini per ciò solo la rilevanza sul piano risarcitorio<sup>466</sup>.

### **2.3.3. La necessità di un completo esercizio dell'autonomia contrattuale**

La scarsa capacità selettiva della causa concreta porta a ritenere che tale riferimento non sia in grado di rappresentare uno strumento sufficientemente affidabile per derogare alla disciplina del risarcimento del danno contrattuale fortemente improntata a dare rilevanza ai soli pregiudizi di natura economica.

A questo punto non resta che verificare se margini di manovra sussistano all'interno dello stesso dato normativo e a ben guardare le possibilità offerte dall'istituto della clausola penale sembrano rappresentare un'occasione forse eccessivamente trascurata nella materia che si occupa.

Dal punto di vista ontologico infatti essa si presenta quanto mai coerente con il profilo che stiamo affrontando, quello della possibilità che interessi non riconducibili ai diritti inviolabili della persona, quindi anche di natura economica, che le parti nell'esercizio della loro autonomia hanno deciso di soddisfare attraverso la stipula di quel determinato contratto trovino una forma di tutela in caso di inadempimento. In altre parole, ciò che si tende a valorizzare da parte di coloro che si adoperano per un risarcimento del danno non patrimoniale non più limitato all'ipotesi in cui sia coinvolta una fra le prerogative riconosciute dall'art. 2 Cost. è il profilo dell'esercizio dell'autonomia contrattuale e, segnatamente, della possibilità di modellare il contenuto del contratto rispetto alle esigenze particolari del singolo caso, ma se così è l'eventualità prevista dall'ordinamento di determinare contestualmente alla stipula del contratto la somma di denaro che la parte inadempiente dovrà all'altra in caso di

---

<sup>466</sup> S. Delle Monache, *Interesse non patrimoniale e danno da inadempimento*, cit., pag. 727. Nello stesso senso anche E. Navarretta, *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 30, che ricorda come la questione della causa riguardi essenzialmente la validità/invalidità del contratto "e nulla ci dice sulle conseguenze risarcitorie". G. Colacino, *Inadempimento, danno non patrimoniale e regole di responsabilità*, cit., pag. 666, pur condividendo le linee di fondo dell'impostazione che vede nella causa concreta lo strumento per il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento conseguente alla lesione di diritti altri da quelli inviolabili, ritiene che essa "necessiti tuttavia di una di una più accorta puntualizzazione onde scongiurare il pericolo, [...], di una proliferazione incontrollata di pretese risarcitorie pretestuose (bagatellari) e di una forte perturbazione delle dinamiche contrattuali".

violazione del rapporto obbligatorio sembra costituire l'esercizio maturo proprio di quell'autonomia contrattuale che si vuole garantita anche in via risarcitoria.

Lo stesso dato normativo implicitamente sembra avallare una lettura della clausola penale quale strumento privilegiato attraverso cui attribuire rilievo nella fase patologia del rapporto ad interessi, patrimoniali e non, che normalmente non fanno parte della sua struttura<sup>467</sup>. In particolare ciò pare evidente nell'art. 1384 c.c. ove si prevede che il giudice possa sì ridurre la penale qualora il suo ammontare sia manifestamente eccessivo, oggi anche d'ufficio<sup>468</sup>, ma il criterio cui questi deve ispirarsi non è e non poteva essere, pena il venir meno della *ratio* della previsione, il valore economico della controprestazione, bensì "l'interesse che il creditore aveva all'adempimento", vale a dire eventualmente anche quello non patrimoniale cui le parti hanno dato rilievo stabilendo loro stesse preventivamente - il che elimina *ab origine* la difficoltà in cui versa il giudice nel quantificare la lesione di un interesse il cui valore effettivo è conosciuto solo da chi ne è il portatore - la somma da corrispondere in caso di inadempimento<sup>469</sup>.

Esclusa ogni possibile frizione con l'art. 1225 c.c., perché anzi la *forfetizzazione* del danno rende quanto mai edotto il debitore del rischio economico cui va incontro nel caso non rispetti gli impegni presi, si può quindi individuare nella possibilità di pattuire

---

<sup>467</sup> Già G. Gorla, *Il contratto*, I, Milano, 1955, pag. 250, mise in luce proprio come la penale può rispondere all'esigenza di creare convenzionalmente l'obbligo di risarcire un danno che altrimenti sarebbe irrilevante per l'ordinamento, come oggi avviene in ordine al danno non patrimoniale da inadempimento causato dalla lesione di interessi altri da quelli non ascrivibili fra i diritti inviolabili della persona.

<sup>468</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., n. 18128 del 13 settembre 2005, in *Foro it.*, I, 2006, c. 432 ss. con nota di A. Bitetto, *Riduzione «ex officio» della penale: equità a tutti i costi?*; A. Di Majo, *La riduzione della penale ex officio*, in *Corr. giur.*, 2005, pag. 1538 ss.; G. Schiavone, *Funzione della clausola penale e potere di riduzione da parte del giudice*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, pag. 61 e ss.; C. Medici, *Controllo sulla penale «manifestamente eccessiva» ed equilibrio degli scambi contrattuali*, in *Danno e resp.*, 2006, pag. 416 ss.; E. Battelli, *La riduzione della clausola penale ex officio*, in *I Contratti*, 2007, pag. 487 e ss.

<sup>469</sup> Si veda *ex multis* Cass. Civ., Sez. I, n. 10626 del 9 maggio 2007, in *I Contratti*, 2008, pag. 771 e ss., che ha riformato la sentenza appellata proprio perché "il giudice avrebbe dovuto valutare non già quali danni il creditore aveva subito per l'inadempimento, e quali di essi fossero stati già risarciti o insinuati al passivo del fallimento del debitore, bensì quale fosse, al momento della stipulazione della clausola, il suo interesse all'esecuzione del contratto". Secondo A. Albanese, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008, pagg. 160-161, "se l'interesse del creditore alla prestazione, ai sensi dell'art. 1174 c.c., può essere di natura non patrimoniale, il giudice, nel riportare a esso la valutazione della penale, non può limitarsi a verificarne la corrispondenza meramente oggettiva al valore della prestazione, ma deve prendere in considerazione anche le altre ragioni, che hanno indotto le parti a predeterminare le conseguenze del mancato adempimento".

una clausola penale l'altra ipotesi in cui il danno non patrimoniale da inadempimento, anche ove ad essere lesi non siano diritti inviolabili della persona, può trovare grazie all'esercizio completo e responsabile dell'autonomia contrattuale ristoro<sup>470</sup>.

#### **2.4. Breach of contract e non-pecuniary losses: una storia tormentata**

Da un punto di vista non limitato al sistema italiano, si può notare una certa tendenza a non ammettere la risarcibilità *tout court* del danno non patrimoniale da inadempimento anche da parte di altri ordinamenti europei<sup>471</sup>.

Quello che colpisce è soprattutto che ciò avvenga non solo in esperienze "vicine" alla nostra, come può essere quella tedesca - dove, grazie alla riforma del 2002<sup>472</sup> il danno non patrimoniale causato dalla lesione "all'integrità fisica, alla salute, alla libertà od alla autodeterminazione sessuale" (§ 253 Abs. 2 BGB) è risarcibile anche in ambito contrattuale, laddove fuori da questi casi tassativi i pregiudizi non economici non trovano generalmente ristoro<sup>473</sup> -, ma altresì in una tra le più "lontane" quale il *Common Law*.

In particolare anche in Inghilterra non si dubita del fatto che "*contract is primarily concerned with commercial matters and therefore the protection afforded by the law of contract is primarily directed to commercial losses*"<sup>474</sup>, perciò di regola "*in an action*

---

<sup>470</sup> Valorizzano questa possibilità anche S. Delle Monache, *Interesse e danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., pagg. 727-7278, e V. Zeno Zencovich, *Interesse del creditore e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1987, pag. 87 e ss.

<sup>471</sup> Si veda per un'indagine in relazione alla questione del danno non patrimoniale da inadempimento nei più importanti ordinamenti europei A. Nicolussi, *Danno non patrimoniale in Europa*, cit., pag. 71 e ss.

<sup>472</sup> Per un commento alla riforma si vedano, fra gli altri, C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., pag. 35 e ss.; G. Cian, *La riforma del BGB in materia di danno immateriale e di imputabilità dell'atto illecito*, cit., pag. 125 ss.; S. Wunsch, *Il modello tedesco delle Schmerzensgeldtabellen*, cit., pag. 85 e ss., M.M. Francisetti Brolin, *Il danno non patrimoniale contrattuale: il modello tedesco e quello italiano*, in *Contr. e impr. Europa*, 2010, pag. 421 e ss.

<sup>473</sup> Come riporta M.M. Francisetti Brolin, *Il danno non patrimoniale contrattuale: il modello tedesco e quello italiano*, cit., pag. 423, "la giurisprudenza e la dottrina tedesca hanno però talora mitigato questa tipizzazione, lasciando spazio al risarcimento del danno non patrimoniale nell'ipotesi di lesione diretta di un diritto generale della personalità (*Persönlichkeitsrechtsverletzung*)". Nello stesso senso A. Nicolussi, *Danno non patrimoniale in Europa*, cit., pag. 73, secondo il quale "ancora problematica rimane l'estensione nell'ambito contrattuale della riparazione della lesione del diritto generale della personalità (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), data la tassatività dei casi previsti dalla legge".

<sup>474</sup> H. McGregor, *McGregor On Damages*, cit., pag. 64.



*founded on breach of contract the only kind of loss ... which is subject for compensation is a financial loss*<sup>475</sup>, ma il principio conosce delle eccezioni.

La prima si incontra nei casi in cui l'inadempimento abbia comportato una lesione della salute cagionando *Pain and suffering* e *Loss of amenities* o *Psychiatric Injury*<sup>476</sup> e il fatto che tali pregiudizi siano stati concepiti nella materia dei *Torts* non è di ostacolo al fatto che essi possano trovare ristoro senza necessariamente avvalersi del cumulo di azioni<sup>477</sup>, non solo nelle ipotesi di contratto di lavoro<sup>478</sup>, ma anche di consulenza legale, quando ad esempio il tardivo adempimento dell'avvocato ha finito comportare una lesione della salute del cliente<sup>479</sup>.

Meno lineare è la questione del possibile *mental distress* - come visto nella sostanza equiparabile al nostro danno morale<sup>480</sup> - causato dall'inadempimento. Questa posta di danno infatti storicamente non veniva considerata perché in relazione ad essa non si riteneva di derogare alla regola secondo cui "*contracts normally concern commercial matters*"<sup>481</sup>. Si trattava di una soluzione benedetta dalla *House of Lords*, la quale in quello che sarebbe divenuto il *leading case* per decenni<sup>482</sup>, *Addis v. Gramophone Co.*<sup>483</sup> aveva rigettato la richiesta di risarcimento del *mental distress* patito da un domestico licenziato anzitempo e in malo modo. Negli anni settanta tuttavia tale regola incominciò ad essere messa in discussione dal fatto che le corti iniziarono ad

---

<sup>475</sup> *Hallet J. In Sunley v. Cunard White star* [1939] 2 K.B., 791.

<sup>476</sup> H. McGregor, *McGregor On Damages*, cit., pag. 66, mette in luce come "*there would seem to be no doubt that damages recoverable for personal injury caused by breach of contract would include the normal non-pecuniary losses in such cases of pain and suffering and loss of amenities and, formerly, of expectation of life*". Per E. McKendrick, *Contract Law - Text, Cases and Materials*, Oxford, 2010, pag. 860, "*it is clear law that damages can be recovered for physical injury suffered by the claimant as a result of the defendant's breach of contract provided that the loss is not too remote a consequence of the breach of contract*".

<sup>477</sup> H. McGregor, *McGregor On Damages*, cit., pag. 66, "*it is true that in many cases of such contractual liability there is a concurrent liability in tort, [...]. But this concurrence need not exist. It might not exist where a purchaser of goods is injured in using or consuming by reason of breach of warranty*".

<sup>478</sup> *Cox v. Philips Industries* [1976] 1 W.L.R., pag. 638, in cui il lavoratore ottenne il risarcimento in via contrattuale del danno alla salute causato dalla "*relegation to a position of less responsibility than that to which he was entitled*".

<sup>479</sup> *Wales v. Wales* [1967] 111 S.J. 946 e *Heywood v. Wellers* [1976] Q.B. 446, dove il legale era stato negligente nell'agire per l'*injunction* a favore del proprio cliente vittima di continue molestie.

<sup>480</sup> Cfr *ut supra* § 1.1.3.1.

<sup>481</sup> H. McGregor, *McGregor On Damages*, cit., pag. 68.

<sup>482</sup> Nel senso dell'irrisarcibilità del *mental distress* per *breach of contract* cfr. tra gli altri *Groom v. Crocker* [1939] 1 K.B. 194 CA. e *Bailey v. Bullock* [1950] 2 All. E.R. 1167.

<sup>483</sup> [1909] A.C. 488.

individuare una serie di ipotesi in cui essa poteva essere derogata, prima fra tutte quella della mancata realizzazione dell'album fotografico di nozze<sup>484</sup>, per consolidarsi poi con riferimento al mancato godimento di un viaggio di piacere<sup>485</sup>, quello che in termini moderni chiameremmo «danno da vacanza rovinata». A poco a poco queste eccezioni furono in grado non solo di minare un principio che fino a quel momento era granitico, ma addirittura di ribaltarlo nel senso della tendenziale risarcibilità del *mental distress* causato dall'inadempimento<sup>486</sup>. Ad esempio esso venne riconosciuto ad una coppia che, in virtù della negligenza del perito a cui era stato affidato il compito di verificare le condizioni della casa in cui questi sarebbero andati a vivere, aveva dovuto sopportare le inconvenienze per la ristrutturazione<sup>487</sup>. Sennonché all'inizio del nuovo millennio, nel famoso caso *Farley v. Skinner*<sup>488</sup>, la *House of Lords* è intervenuta per tamponare questa ipertrofia delle ipotesi di risarcimento del *mental distress*, che tuttavia aveva già iniziato a dare qualche segno di cedimento soprattutto in seno alla *Court of Appeal*, che in ragione del fatto che “*the contract was a commercial one*”<sup>489</sup>, rifiutò di risarcire il *mental distress* in una serie di fattispecie<sup>490</sup>.

Il caso deciso dalla *House of Lords* era quello di un tizio che aveva intenzione di comprare un immobile situato nei pressi dell'aeroporto di *Gatwich*. Prima di procedere all'acquisto aveva incaricato un perito di verificare l'effettiva portata del rumore causato dagli aerei e questi aveva reputato “*unlikely that the property will suffer greatly from such noise*”<sup>491</sup>. Una volta divenuto proprietario, l'attore ebbe modo di verificare che contrariamente da quanto accertato dal perito “*there was a significant*

---

<sup>484</sup> *Diesen v. Samson* [1971] S.L.T. (Sh. Ct.) 49.

<sup>485</sup> *Jarvis v. Swan's Tours* [1973] Q.B. 233 CA; *Jackson v. Horizon Holidays* [1975] 1 W.R.L. 1468 CA.

<sup>486</sup> H. McGregor, *McGregor On Damages*, cit., pag. 69, afferma che “*there was a period when it seemed that damages for mental distress in contract were destined [...] to take giant strides*”. Nello stesso senso cfr. A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, cit., pag. 325, “*mental distress damages have been awarded in many cases, primarily but not only for ruined holidays*”.

<sup>487</sup> *Watts v. Morrow* [1991] 1 WLR 1421.

<sup>488</sup> [2002] 2 AC 732.

<sup>489</sup> H. McGregor, *McGregor On Damages*, cit., pag. 70.

<sup>490</sup> In *Hayes v. James & Charles Dodd* [1990] 2 All E.R. 815 CA per esempio in un caso simile a *Watts v. Morrow* il *mental distress* per le cattive condizioni dell'abitazione non fu riconosciuto, ovvero allo stesso modo in *Alexander v. Rolls Royce Motors* [1996] R.T.R. 95 CA non fu accolta la domanda di risarcimento della sofferenza patita per la mancata riparazione di un'auto di lusso.

<sup>491</sup> *Farley v. Skinner*, cit., 4.

*problem associated with aircraft noise*<sup>492</sup> al punto da fargli domandare in giudizio il *mental distress* dovuto al mancato *“enjoyment of the property”*<sup>493</sup>. La Corte ha precisato che *“the general principle is that compensation is only awarded for financial loss resulting from the breach of contract”*<sup>494</sup>, sebbene esistano *“limited exception to this rule”*<sup>495</sup>. Segnatamente, oltre al caso in cui l’inadempimento abbia cagionato *pain and suffering* e *loss of amenities*, ne esistono altri due in cui è possibile risarcire quella particolare *non-pecuniary loss* che è il *mental distress*: a) quando *“the very object of the contract is to provide pleasure”*<sup>496</sup>; b) quando esso *“is directly consequent on physical inconvenience caused by the defendant’s breach of contract”*<sup>497</sup>.

Ora, si tratta di regole che a ben guardare costituiscono un filtro non troppo selettivo e dai confini incerti<sup>498</sup> - basti pensare che l’appello di *Mr Farley* fu sì accolto, ma secondo *Lord Scott* perché da ascrivere alla prima ipotesi, mentre per *Lord Clyde* alla seconda -, ma comunque capace di escludere in alcuni casi la risarcibilità del *mental distress*<sup>499</sup> - come nell’ipotesi dell’ansia causata dal troppo dilungarsi della trattativa per l’acquisto di un terreno<sup>500</sup> -, il che può essere letto nel senso di una timida convergenza anche da parte dell’ordinamento inglese nel senso di non rassegnarsi del tutto ad accettare la logica della confusione fisiologica tra essere e avere<sup>501</sup>.

---

<sup>492</sup> *Ivi*, 5.

<sup>493</sup> *Ivi*, 7.

<sup>494</sup> *Ivi*, 16.

<sup>495</sup> *Ibidem*.

<sup>496</sup> *Ibidem*.

<sup>497</sup> Le parole della *House of Lords* sono così parafrasate da A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, cit., pag. 327.

<sup>498</sup> Eloquente è il titolo del contributo di D. Capper, *Damages for Distress and Disappointment - Problem Solved?*, [2002] LQR, 193.

<sup>499</sup> Secondo A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, cit., pag. 330, sostanzialmente quando *“the contract was merely a commercial one entered into with a view to profit”*.

<sup>500</sup> *Johnson v. Gore Wood & C.* [2002] 2 AC 1.

<sup>501</sup> A proposito di tale fenomeno si veda C. Castronovo, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, pag. 102, il quale mette in evidenza che l’espansione delle ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale da fatto illecito, rendendo *“apprezzabile in denaro ciò che originariamente e essenzialmente non lo è”*, *“ha fatto sì che ciò che, per virtù mistica del diritto, pur essendo non patrimoniale è divenuto convertibile in patrimoniale, diventasse oggetto di atti di disposizione”*.

## **CAPITOLO III.**

### **Il danno non patrimoniale e l'ordinamento sovranazionale**

Un'indagine che tenti di essere completa non può trascurare il punto di vista che ogni giorno di più influenza il nostro ordinamento: quello europeo nella sua variante non solo istituzionale - rappresentato dalle fonti dell'Unione Europea e dalle sentenze della Corte di Giustizia -, ma anche pattizia - vale a dire la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo.

I due livelli presentano, nonostante alcuni punti di contatto<sup>502</sup> formalizzati di recente nell'art. 6 del Trattato di Lisbona<sup>503</sup>, considerevoli differenze sia strutturali, che contenutistiche ed è perciò bene affrontarli separatamente.

#### **3.1. DANNO NON PATRIMONIALE E CEDU**

---

<sup>502</sup> In ordine ai quali cfr. M.E. Gennusa, *La Cedu e l'Unione Europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Università e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, pag. 91 e ss.

<sup>503</sup> Si veda a questo proposito A. Gianelli, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, pag. 678 e ss.

In ordine alle possibili interferenze fra pregiudizi non economici e CEDU va premesso che queste, non occupandosi la Convenzione di responsabilità civile, saranno di natura per così dire «indiretta» e segnatamente nei confronti della regola in base alla quale il danno non patrimoniale è risarcibile se la lesione, causata da un fatto illecito o dalla violazione di un rapporto obbligatorio, ha coinvolto di un diritto inviolabile della persona. Dato che proprio di prerogative riferite a quest'ultima la CEDU si occupa, non ritenendo la differenza nominale - «diritti inviolabili dell'uomo» nell'art. 2 della Costituzione, «diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» nel titolo della Convenzione - determinante, ci si è posti la questione se la lesione di un diritto in quest'ultima previsto, che dinanzi alla Corte di Strasburgo potrebbe ottenere tutela risarcitoria attraverso il riconoscimento di un *non-pecuniary damages* quale voce della *just satisfaction*<sup>504</sup>, sia in grado di integrare la regola appena accennata così garantendo il risarcimento degli eventuali pregiudizi non economici patiti.

Di recente le Sezioni Unite della Cassazione si sono pronunciate per la negativa - la condizione per il risarcimento del danno non patrimoniale rappresentata, fuori dai casi di reato ed espressa previsione di legge, dalla necessità della lesione di un diritto inviolabile della persona non può essere soddisfatta attraverso il riferimento "ai diritti predicati dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ratificata con la legge n. 88 del 1955, quale risulta dai vari Protocolli susseguiti, ai quali non spetta il rango di diritti costituzionalmente protetti, poiché la Convenzione, pur essendo dotata di una natura che la distingue dagli obblighi nascenti da altri Trattati internazionali, non assume, in forza dell'art. 11 Cost., il rango di fonte costituzionale, né può essere parificata, a tali fini, all'efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento

---

<sup>504</sup> In relazione a questa possibilità cfr. le *Practice Direction* del 28 marzo 2007 emanate dal Presidente della Corte ai sensi dell'art. 32 del Regolamento, disponibili sul sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), al cui § 3 viene specificato che "13. *The Court's award in respect of non-pecuniary damage is intended to provide financial compensation for non-material harm, for example mental or physical suffering.* 14. *It is in the nature of non-pecuniary damage that it does not lend itself to precise calculation. If the existence of such damage is established, and if the Court considers that an award in money is necessary, it will make an assessment on an equitable basis, having regard to the standards which emerge from its case-law.* 15. *Applicants who wish to be compensated for non-pecuniary damage are invited to specify a sum which in their view would be equitable. Applicants who consider themselves victims of more than one violation may claim either a single lump sum covering all alleged violations or a separate sum in respect of each alleged violation*".

interno”<sup>505</sup> -, ma il carattere pressoché enunciativo della presa di posizione, peraltro salutata con favore da taluno<sup>506</sup> e duramente criticata da altri<sup>507</sup>, induce ad un approfondimento circa i suoi presupposti e la sua effettiva portata.

### 3.1.1. La rilevanza della Cedu nel nostro ordinamento

Se l'ipotesi che viene in questione è quella relativa alle conseguenze dalla lesione di un diritto inviolabile della persona riconosciuto dalla Costituzione, allora diventa essenziale affrontare, senza velleitarie pretese di esaustività, il tema del rango che la CEDU ricopre nella gerarchia delle fonti del nostro ordinamento, giacché proprio dal chiarimento di questo profilo dipende la possibilità che l'eventuale danno non patrimoniale subito a seguito della lesione di un diritto in essa enunciato possa trovare ristoro.

#### 3.1.1.1. La CEDU: legge ordinaria o di rango costituzionale?

Fino a non molto tempo addietro la CEDU veniva considerata alla stregua di un comune trattato internazionale e perciò avente lo stesso rango della normativa con la quale era stato recepito<sup>508</sup>, vale a dire nel caso italiano una legge ordinaria<sup>509</sup>. La preoccupazione sottesa a questa prospettiva - accolta dalla dottrina maggioritaria<sup>510</sup> e

<sup>505</sup> Cass., Sez. Un., 26972/08, cit., n. 2.11.

<sup>506</sup> Pur suggerendo di prendere le mosse da una prospettiva diversa E. Bargelli, *Il danno non patrimoniale nel diritto privato europeo*, in *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 226.

<sup>507</sup> A. Riccio, *Verso l'atipicità del danno non patrimoniale: il mancato rispetto dei vincoli derivanti dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo solleva una nuova questione di costituzionalità dell'art. 2059 c.c.?*, in *Contr. e impr.*, 2009, pag. 277 e ss., e in maniera più problematica M. Calogero, *I danni alla persona e la CEDU*, in *I danni ingiusti alla persona*, cit., pag. 335 e ss.

<sup>508</sup> Cfr. B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 2010, pagg. 318-319, il rango delle norme internazionali introdotte nel nostro ordinamento “*tende* a corrispondere alla forza che, nella gerarchia delle fonti, ha il procedimento, ordinario o speciale, di adattamento. Se a procedere all'adattamento è il Costituente (es., art. 10, 1° co., della Costituzione, relativo al diritto internazionale generale), le norme internazionali così introdotte tenderanno ad avere rango costituzionale; se a procedere all'adattamento è il legislatore ordinario (come avviene per i trattati, il cui ordine di esecuzione è di solito dato con legge ordinaria), le norme internazionali così introdotte tenderanno ad avere il rango di legge ordinaria; e così via” (corsivo nel testo).

<sup>509</sup> L. n. 848 del 4 agosto 1955.

<sup>510</sup> Si vedano fra gli altri M. Chiavario, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, pag. 50 e ss., secondo il quale “al fine di garantire una piena efficacia alla Convenzione nell'ordinamento interno, si sarebbe dovuto seguire il procedimento della «costituzionalizzazione» delle relative norme, magari utilizzando il diritto di «riserva» previsto dall'art.

dalla giurisprudenza<sup>511</sup> - probabilmente era quella di non consentire che il nostro ordinamento subisse indebite influenze esterne in una materia tanto delicata come quella dei diritti inviolabili rispetto alla quale peraltro - era questo l'argomento sostanziale - il dettato costituzionale si riteneva assolutamente in grado di fornire ampi margini di tutela<sup>512</sup>.

Minoritarie erano invece le tesi che, all'opposto, richiamandosi all'art. 10, comma 1, Cost.<sup>513</sup>, ovvero interpretando l'art. 2 Cost. quale «clausola aperta»<sup>514</sup> o da ultimo ascrivendo la Convenzione fra i trattati stipulati per assicurare “la pace e la giustizia fra

---

64 della stessa Convenzione, in rapporto alla clausole ritenute troppo gravose perché se ne potesse ammettere l'efficacia vincolante nei confronti del legislatore ordinario. Non essendo stato adottato quel procedimento, è giocoforza concludere nel senso che, in linea generale, le norme «sostanziali» della Convenzione di Roma si pongono allo stesso livello delle norme di legge ordinaria, e sono, quindi idonee a modificare o ad abrogare tali norme, se anteriori, ma a loro volta, risultano suscettibili di modificazione e di abrogazione in seguito all'entrata in vigore di leggi successive”, e G. Raimondi, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento italiano. Nota minima in margine alla sentenza Ciulla*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1990, pag. 39, “non sembra realistico pensare che il «diritto vivente» italiano possa rapidamente evolvere nel senso di risolvere il problema della *primauté* del diritto di Strasburgo assegnando ad esso un valore pari a quello delle disposizioni costituzionali. L'*impasse* va quindi superata restando sul terreno dei rapporti tra norme di pari rango, quello della legge ordinaria”.

<sup>511</sup> Per la Corte costituzionale cfr. *ex plurimis* le seguenti pronunce: n. 188 del 16 dicembre 1980, n. 5, “questa Corte non può che ribadire la propria costante giurisprudenza che esclude le norme internazionali pattizie, ancorché generali, dall'ambito di operatività dell'art. 10 Cost. (sent. 48/79; 32/60; 104/69; 14/64) mentre l'art. 11 Cost. neppure può venire in considerazione non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme pattizie in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale”; n. 315 del 26 giugno 1990, n. 5, “anche a prescindere dal più volte ripetuto insegnamento che la norma pattizia «non si colloca di per se stessa a livello costituzionale»”; n. 388 del 13 ottobre 1999, n. 2.1, “indipendentemente dal valore da attribuire alle norme pattizie, che non si collocano di per se stesse a livello costituzionale, ...”.

<sup>512</sup> Cfr. ad esempio Corte cost., n. 123 del 24 giugno 1970, n. 5, per la quale “diventa perciò superfluo prendere in esame il problema, cui accenna l'ordinanza del pretore di Prato, del rango che assume, nel sistema delle fonti, la legge 4 agosto 1955, n. 848, che ha dato esecuzione in Italia alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, al fine eventuale di valutare le norme denunciate anche alla stregua dell'art. 6, n. 1, di detta Convenzione: giacché questo nulla dice di più e di diverso rispetto ai principi costituzionali ai quali si è fatto fin qui riferimento”. Per L. Montanari, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002, pagg. 127-128, “nei primi anni di vigenza della Convenzione, del resto, si tendeva a porre l'accento sull'autosufficienza dei sistemi costituzionali nazionali al fine della tutela delle libertà fondamentali”. L'a. mette poi in luce come un tale ragionamento fosse alla base della soluzione non troppo diversa dalla nostra adottata in Germania.

<sup>513</sup> R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968, pag. 64 e ss., e, seppur con alcune differenze, P. Barile, *Rilievi sull'adattamento automatico del diritto interno al diritto internazionale convenzionale*, in *Studi parmensi*, 1977, XVIII, pag. 5 e ss.

<sup>514</sup> A. Barbera, *Commento all'art. 2 della Costituzione*, cit., pag. 102, nota 4, per il quale “in questa prospettiva sarebbe stato più agevole [...] risolvere il problema dell'operatività nel nostro ordinamento della «Convenzione europea dei diritti dell'uomo» che una parte della dottrina ha ritenuto recepitibile attraverso l'art. in esame”, e G. Sorrenti, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di copertura costituzionale a più facce*, in *Pol. dir.*, 1997, pag. 368 e ss.

le Nazioni" con relativa cessione di sovranità ex art. 11 Cost.<sup>515</sup>, finivano comunque per attribuire alla CEDU il rango di normativa costituzionale, la quale nell'ipotesi di conflitto con una legge ordinaria doveva quindi prevalere nel senso che il giudice poteva disapplicare la disposizione interna a favore del relativo articolo della Convenzione di volta in volta interessato.

Questa seconda posizione trovò riscontro soprattutto nella giurisprudenza di merito<sup>516</sup>, il cui più diretto legame col caso concreto rispetto agli altri gradi di giudizio e alla giustizia costituzionale forse indusse una maggiore propensione ad individuare nuove strade per la risoluzione di sempre diverse fattispecie sfruttando il valore assiologico della Convenzione<sup>517</sup>. In un buon numero di casi il tutto si concretizzò in rimesse dinanzi alla Corte costituzionale che agli inizi degli anni novanta, pur non mutando il proprio orientamento, si mostrò, per la verità in una sola circostanza, disponibile a riconoscere alle disposizioni della Convenzione una peculiare resistenza all'abrogazione in virtù del fatto che "“si tratta di norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica”<sup>518</sup>.

---

<sup>515</sup> P. Mori, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana*, in *Riv. dir. int.*, 1983, pag. 306 e ss., per la quale "quel che è certo è che non sembrano sussistere ostacoli formali insormontabili perché la Corte costituzionale possa imboccare la via indicata dai giudici di merito con l'art. 11" (pag. 332, corsivo nel testo).

<sup>516</sup> Per una raccolta completa si veda G. Biscottini (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'applicazione giurisprudenziale in Italia*, Milano, 1981, più di recente I. Carlotto, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in *Pol. dir.*, 2010, pagg. 41 e ss., 286 e ss.

<sup>517</sup> Per P. Mori, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana*, cit., pagg. 309-310, "non è facile individuare le ragioni dell'insolita ostinazione con cui i giudici di merito hanno negli ultimi anni prospettato la costituzionalizzazione della Convenzione [...]. Ma non si è certo lontani dal vero se si immagina che, a monte della volontà di affermare l'esigenza di una operatività delle relative norme di adattamento diversa da quella tradizionalmente attribuita ad altre norme pattizie immesse nel nostro ordinamento, vi sia anzitutto la natura della materia dalla prime regolata".

<sup>518</sup> Corte cost., n. 10 del 12 gennaio 1993, disponibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Per D. Tega, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in *I diritti in azione*, cit., pag. 76, "la posizione contenuta nella n. 10/1993 si potrebbe interpretare come il tentativo di operare un distinguo tra diritto internazionale pattizio *tout court* e i documenti internazionali in materia di diritti. Se è vero che l'atipicità di cui parlano i giudici si può ricondurre non al profilo formale ma a quello materiale, si potrebbe concludere che la Corte abbia sentito l'esigenza di valorizzare appunto la materia dei *diritti* come elemento capace di influire sulla forza passiva della legge di ratifica" (corsivo nel testo). Secondo M. Cartabia, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in [www.dgs.unife.it](http://www.dgs.unife.it), pag. 10, "benché sia stata considerata da molti un episodio isolato, una pronuncia poi smentita anche dalla successiva giurisprudenza della Corte costituzionale, tale decisione ha segnato uno spartiacque storico rispetto all'epoca precedente. Mettendo in discussione il valore di legge ordinaria della CEDU e sottolineando la sua specificità anche rispetto ad altri trattati internazionali, la Corte costituzionale apriva una fase di



### 3.1.1.2. La soluzione «intermedia» adottata dalla Consulta

All'inizio del nuovo millennio quello che era diventato un vero e proprio dialogo fra giudici registrò però una decisa battuta d'arresto. Iniziarono infatti a diventare sempre più frequenti i casi in cui la giurisprudenza, soprattutto di merito, ma anche di legittimità, senza reputare necessario coinvolgere la Corte costituzionale decideva di risolvere autonomamente il conflitto fra disposizione legislativa interna e CEDU, applicando quest'ultima in luogo della prima<sup>519</sup>.

Il fenomeno, che secondo un'autrice ha rappresentato uno dei fattori determinati per il passaggio dalla logica del «patriottismo costituzionale» a quella della «universalità dei diritti umani»<sup>520</sup>, trovava dal punto di vista dogmatico giustificazioni fra loro eterogenee. In alcune sentenze, infatti, esso veniva presentato come la naturale conseguenza del fatto che la CEDU dovesse essere trattata alla stregua del diritto comunitario e quindi fosse destinata, secondo il tenore dell'art. 11 Cost., a prevalere sulla normativa interna in caso di conflitto<sup>521</sup>, al contrario in altre decisioni, sulla scia di Corte cost. 10/93, era la peculiare materia di cui si occupa la Convenzione - i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali - a conferirle una particolare "forza

---

«crisi» dei rapporti tra l'ordinamento italiano e il sistema CEDU". U. De Siervo, *Recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), pagg. 1-2, rileva che "la costante giurisprudenza della Corte costituzionale era nel senso di non riconoscere al contenuto degli accordi internazionali una forza giuridica superiore a quella delle norme di legge che li avevano recepiti, mentre i giudici ordinari cercavano di utilizzare pienamente il principio di specialità per garantire quanto meno una efficacia maggiore alle legge di recepimento dell'accordo rispetto a tutte le altre. Semmai la Corte costituzionale cercava di valorizzare alcuni accordi internazionali, soprattutto di tipo multilaterale ed in materia di libertà e di diritti (quindi anzitutto proprio la Convenzione europea), utilizzandoli come strumenti interpretativi del contenuto delle stesse disposizioni costituzionali" (corsivi nostri).

<sup>519</sup> Se ne veda una rassegna in B. Randazzo, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in P. Falzea - A. Spadaro - L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, pag. 265 e ss., e A. Guazzarotti, *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quad. cost.*, 2006, pag. 491 e ss.

<sup>520</sup> M. Cartabia, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei nuovi diritti*, in *Quad. cost.*, 2009, pag. 537 e ss.

<sup>521</sup> Ad es. Trib. Genova, sentenza 4 giugno 2001, in *Giur. mer.*, 2002, pag. 19 e ss., con nota di C. Belfiore, *Sulla competenza ad accertare il contrasto fra la norma statale e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*.

giuridica” in grado di renderla fonte di rango sovraordinato rispetto alla legge ordinaria<sup>522</sup>.

Il non troppo elaborato fondamento teorico di queste decisioni<sup>523</sup> sembrò trovare con la riforma costituzionale del 2001 un nuovo impulso, giacché nel senso della facoltà per il giudice comune di disapplicare la normativa italiana fu da taluno interpretato il nuovo art. 117, comma 1, ove prevede che “la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”. La disposizione, secondo questa dottrina, imporrebbe infatti un adattamento automatico al diritto internazionale pattizio “analogamente a quanto già si verificava per il diritto internazionale generale”<sup>524</sup>.

In questo contesto s’inseriscono i recenti interventi della Consulta, nei quali si prende spunto sì dall’art. 117, comma 1, Cost., ma se ne fornisce una lettura che, pur non obliterando la portata innovativa della riforma, nemmeno rinnega *in toto* la giurisprudenza passata. Invero la Corte Costituzionale, ispirata dalle osservazioni di una parte della dottrina<sup>525</sup>, dopo aver escluso l’eventualità che per individuare il rango da attribuire alla CEDU nel nostro ordinamento possano richiamarsi gli artt. 10, comma 1, e 11 Cost., perché il primo “si riferisce soltanto alle norme consuetudinarie”<sup>526</sup>,

---

<sup>522</sup> Cfr. in questo senso Cass. Pen., Sez. I, n. 2800 del 1 dicembre 2006, in *Cass. pen.*, 2007, pag. 1448 e ss., con nota di L. De Matteis, *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il giudicato penale: osservazioni intorno al caso "Dorigo"*.

<sup>523</sup> A. Guazzarotti, *La CEDU e l’ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, cit., pag. 498, non ha esitato a definirlo “embrionale”, tanto quanto secondo l’a. andrebbe detto comunque del ragionamento delle pronunce di segno opposto.

<sup>524</sup> A. D’Atena, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l’Unione europea*, in *Rass. parl.*, 2002, pag. 924.

<sup>525</sup> Cfr. *ex multis* M. Luciani, *Le nuove competenze legislative delle regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); F. Sorrentino, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2003, pag. 1355 e ss.; A. Barbera, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in AA. VV., *Scritti in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, 2005, pag. 89 e ss.; M. Cartabia, *La CEDU e l’ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, cit., pag. 15 e ss.

<sup>526</sup> Corte cost., n. 348 del 24 ottobre 2007, n. 3.4, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Si tratta di una delle due sentenze “gemelle” rese dalla Consulta nel 2007 - la seconda è la n. 349 del 24 ottobre 2007, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) - entrambe relative alla tematica dell’individuazione del posto da attribuire alla CEDU nel sistema delle fonti nel nostro ordinamento. La portata di tali decisioni ha indotto numerosi cultori della materia a proporre un commento: C. Pinelli, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, pag. 3518 e ss.; M. Cartabia, *Le sentenze “gemelle”*:

categoria in cui non rientra la Convenzione, e il secondo ha quale presupposto una cessione di sovranità assente con riferimento alla CEDU<sup>527</sup>, ha precisato che alle norme della Convenzione, per il significato delle quali non basta rifarsi al dato letterale, ma occorre tenere in debita considerazione l'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo<sup>528</sup>, va riconosciuto il livello di fonte «sub-costituzionale»<sup>529</sup>. In ragione di ciò, nel caso di eventuale contrasto con una disposizione legislativa nazionale, qualora sia impossibile risolvere il conflitto attraverso un'interpretazione di quest'ultima conforme a quella convenzionale, il giudice, essendogli impedito disapplicare autonomamente la norma interna perchè ciò significherebbe giungere ad un sistema di sindacato «diffuso» di costituzionalità<sup>530</sup>, dovrà rimettere la questione alla Consulta,

---

*diritti fondamentali, fonti, giudici, ivi, pag. 3564 e ss.; V. Sciarabba, Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali, ivi, pag. 3579 e ss.; D. Tega, Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte «sub-costituzionale» del diritto, in Quad. cost., 2008, pag. 133 e ss.; C. Napoli, Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la nuova collocazione della CEDU e le conseguenti prospettive di dialogo fra le Corti, ivi, pag. 137 e ss.; N. Pignatelli, Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la dilatazione della tecnica della «interposizione» (e del giudizio costituzionale), ivi, pag. 140 e ss.; A. Guazzarotti, La Consulta «guarda in faccia» gli obblighi internazionali e la CEDU, in Studium iuris, 2008, pag. 275 e ss.; R. Conti, La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo, in Corr. giur., 2008, pag. 205 e ss.; A. Bultrini, Le sentenze 348 e 349/2007 della Corte costituzionale: l'inizio di una svolta?, in Dir. pub. comp. eur., 2008, pag. 171 e ss.; L. Montanari, La difficile definizione dei rapporti con la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della costituzione: un confronto con Francia e Regno Unito, ivi, pag. 204 e ss.; A. Ruggeri, La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico, ivi, pag. 215 e ss.*

<sup>527</sup> Corte cost., 348/07, cit., n. 3.3.

<sup>528</sup> *Ivi*, n. 4.7. Dubita della bontà di questa conclusione M. Luciani, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2010, pag. 201, perchè essa, derogando "ad una delle prerogative tipiche della sovranità ... lo Stato affida l'interpretazione delle proprie leggi ai propri giudici" (pag. 203, corsivi nel testo), contraddirebbe la premessa della Corte secondo la quale l'art. 11 Cost. è fuori dai giochi quando viene richiamata la CEDU. Tuttavia per E. Lamarque, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 2010, pag. 959, la soluzione prospettata dalla Corte, la cui rigidità nei fatti è poi stata sminuita attraverso il sistema del *distinguishing*, risponde ad un criterio politico-giudiziario, dato che la Consulta "non avrebbe potuto fare altro che valorizzare al massimo il ruolo della Corte di Strasburgo di interprete unico della Convenzione nel momento in cui assumeva posizioni sicuramente molto poco gradite a quel giudice sovranazionale".

<sup>529</sup> Corte cost., 348/07, cit., n. 4.7.

<sup>530</sup> *Ivi*, 4.3, "il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi". E. Lamarque, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, cit., pag. 957, mette in luce come "la perdita di potere discrezionale che deriva al giudice comune dal divieto di disapplicazione, [...], risulta compensata dall'insistito riconoscimento del potere/dovere giudiziale di procedere all'interpretazione conforme in ogni occasione in cui ciò sia possibile. I giudici inoltre ne ricavano un sicuro guadagno in termini di certezza del diritto, un bene che sta molto a cuore soprattutto alle giurisdizioni superiori, in quanto solo

unico organo deputato a deliberare l’illegittimità costituzionale o della disposizione interna per violazione della norma interposta, ovvero, come ha poi precisato Corte cost. 311/09<sup>531</sup>, della legge di adattamento della CEDU quando sia invece questa a porsi in conflitto con la Carta fondamentale<sup>532</sup>.

### 3.1.1.3. La presunta novità dell’art. 6 del Trattato di Lisbona

La soluzione proposta dalla Consulta deve però misurarsi con l’entrata in vigore del nuovo Trattato sull’Unione Europea (TUE) e, segnatamente, con quanto previsto nell’art. 6 ove si esplicita che, in primo luogo, “l’Unione riconosce i diritti le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea ... che ha lo stesso valore dei trattati” (§ 1), nel cui art. 52, § 3, si prevede che laddove essa contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU “il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti con la suddetta convenzione”, in secondo luogo, l’Unione aderisce alla CEDU (§ 2) e, per finire, “i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali” (§ 3).

Tuttavia, escludendo per il momento l’ipotesi in relazione alla quale ci si soffermerà tra breve in cui a venire in considerazione sono materie di competenza dell’Unione Europea, la nuova disciplina non pare essere in grado di minare le fondamenta del sistema costruito dal Giudice delle leggi, perché in assenza del *medium* rappresentato

---

attraverso il giudizio di costituzionalità si riesce ad ottenere l’eliminazione una volta per tutte della norma interna incompatibile con la norma convenzionale”. Nella giurisprudenza non sono tuttavia mancati casi in cui i giudici comuni hanno disatteso il divieto di disapplicazione e il relativo obbligo di remissione alla Consulta, come testimonia lo studio di I. Carlotto, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un’analisi sul seguito giurisprudenziale*, cit., pag. 80 e ss.

<sup>531</sup> Corte cost., n. 311 del 26 novembre 2009, n. 6, in *Corr. giur.*, 2010, pag. 619 e ss., con nota di R. Conti, *Corte costituzionale e CEDU: qualcosa di nuovo all’orizzonte?*

<sup>532</sup> Per A. Guazzarotti, *La Consulta “guarda in faccia” gli obblighi internazionali e la CEDU*, cit., pag. 278, “in sintesi ogni contrasto tra le norme legislative nazionali e norme CEDU dovrà essere posto al vaglio della Consulta, che non tanto dischiuderà l’interpretazione della Costituzione a quelle norme, come tendeva a fare nel passato, bensì verificherà che le norme CEDU, per prevalere alla stregua di parametro interposto di costituzionalità, non siano a loro volta contrarie alla Costituzione, sotto ogni profilo e non solo dal punto di vista del rispetto dei principi costituzionali supremi”.

dal diritto comunitario - l'oggetto precipuo dell'art. 6 TUE - nulla sembra mutare nei rapporti diretti fra ordinamento italiano e CEDU<sup>533</sup>.

In senso contrario si era in un primo tempo pronunciata la giurisprudenza amministrativa - il Consiglio di Stato<sup>534</sup> e anche il T.A.R. del Lazio<sup>535</sup> -, ma più di recente è intervenuta la stessa Corte costituzionale<sup>536</sup>, la quale, facendo leva sulle numerose disposizioni presenti e nel Trattato e nella Carta stessa tese a ribadire che i diritti in essi riconosciuti possono essere invocati esclusivamente nelle materie di competenza dell'Unione<sup>537</sup>, ha messo in evidenza come l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non abbia intaccato il rango di fonte «sub-costituzionale» della CEDU e perciò al giudice comune in caso di contrasto rimanga preclusa la possibilità di disapplicare la norma interna in favore di quella pattizia<sup>538</sup>.

---

<sup>533</sup> Secondo E. Gianfrancesco, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte Costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo*, in M. Pedrazza Gorlero (a cura di), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Napoli, 2011, pag. 158, “a partire dal 1° dicembre 2009, il meccanismo delle sentenze gemelle continua ad essere operante nella sua interezza per i rapporti diretti ordinamento italiano-ordinamento CEDU; quei rapporti cioè, non intermediati dall'operatività del diritto comunitario, che utilizza altri e più problematici meccanismi di coordinamento tra livello nazionale dei diritti e livello sovranazionale”.

<sup>534</sup> Cons. St., Sez. IV, n. 1220 del 2 marzo 2010, n.5, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it), dove si affermava che gli articoli della CEDU erano “divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009”. Su cui si vedano però le critiche mosse da G. Ondei, *L'attività interpretativa del giudice civile tra norme (nazionali, sovranazionali e comunitarie), diritti fondamentali e valori: analisi di alcune problematiche*, pag. 78 del dattiloscritto della relazione tenuta a Milano sullo stesso tema in data 8 ottobre 2010 e gentilmente fornito dall'a.

<sup>535</sup> T.A.R. Lazio, n. 11984 del 18 maggio 2010, in *Urb. app.*, 2010, pag. 1477 e ss., con nota di R. Conti, *Occupazione acquisitiva: rilettura dei rapporti fra ordinamento interno e CEDU dopo il Trattato di Lisbona*.

<sup>536</sup> Corte cost., n. 80 del 7 marzo 2001, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), n. 5.

<sup>537</sup> Il che ha indotto A. Ruggeri, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), a giudicare la pronuncia troppo legata ad una prospettiva eccessivamente formale e astratta, a discapito di una valorizzazione dei profili di integrazione sostanziale.

<sup>538</sup> Quanto all'argomento *sub art.* 6, § 2, TUE i giudici (n. 5.3) hanno precisato che “nessun argomento [...] può essere tratto [...] dalla prevista adesione dell'Unione europea alla CEDU, per l'assorbente ragione che l'adesione non è ancora avvenuta. A prescindere da ogni altro possibile rilievo, la statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del Trattato resta, dunque, allo stato, ancora improduttiva di effetti. La puntuale identificazione di essi dipenderà ovviamente dalle specifiche modalità con cui l'adesione stessa verrà realizzata”. In relazione all'art. 6, § 3, TUE invece, hanno sottolineato (n. 5.4) che si tratta di “una disposizione che riprende, come già accennato, lo schema del previgente paragrafo 2 dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea: evocando, con ciò, una forma di protezione preesistente al Trattato di Lisbona. Restano, quindi, tuttora valide le considerazioni svolte da questa Corte in rapporto alla disciplina anteriore, riguardo all'impossibilità, nelle materie cui non sia applicabile il diritto dell'Unione (come nel caso sottoposto a questa Corte), di far derivare la riferibilità alla CEDU dell'art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come «principi generali» del diritto

### 3.1.2. Le differenze. L'esempio della proprietà: diritto fondamentale o inviolabile?

La costruzione di un sistema tanto elaborato quanto quello messo a punto dal nostro Giudice delle leggi finirebbe per costituire un'inutile e dispendioso esercizio intellettuale ove vi fosse una piena coincidenza assiologica fra la CEDU e la Costituzione italiana. Così non è - come noto<sup>539</sup> - sia da un punto di vista puramente

---

comunitario (oggi, del diritto dell'Unione). Le variazioni apportate al dettato normativo – e, in particolare, la sostituzione della locuzione «rispetta» (presente nel vecchio testo dell'art. 6 del Trattato) con l'espressione «fanno parte» – non sono, in effetti, tali da intaccare la validità di tale conclusione. Come sottolineato nella citata sentenza n. 349 del 2007, difatti, già la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia – che la statuizione in esame è volta a recepire – era costante nel ritenere che i diritti fondamentali, enucleabili dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, facessero «parte integrante» dei principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario era chiamato a garantire il rispetto (ex plurimis, sentenza 26 giugno 2007, C-305/05, Ordini avvocati contro Consiglio, punto 29). Rimane, perciò, tuttora valida la considerazione per cui i principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto comunitario (oggi, il diritto dell'Unione) è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale”. Da ultimo in relazione al § 1 dell'art. 6 TUE hanno osservato (n. 5.5.) che il principio della competenza “è riferibile [...] anche alla restante fonte di tutela: vale a dire la Carta dei diritti fondamentali, la cui equiparazione ai Trattati avrebbe determinato, secondo la parte privata, una «trattatizzazione» indiretta della CEDU, alla luce della “clausola di equivalenza” che figura nell’art. 52, paragrafo 3, della Carta. A prescindere da ogni ulteriore considerazione, occorre peraltro osservare come – analogamente a quanto è avvenuto in rapporto alla prefigurata adesione dell'Unione alla CEDU (art. 6, paragrafo 2, secondo periodo, del Trattato sull'Unione europea; art. 2 del Protocollo al Trattato di Lisbona relativo a detta adesione) – in sede di modifica del Trattato si sia inteso evitare nel modo più netto che l'attribuzione alla Carta di Nizza dello «stesso valore giuridico dei trattati» abbia effetti sul riparto delle competenze fra Stati membri e istituzioni dell'Unione. L'art. 6, paragrafo 1, primo alinea, del Trattato stabilisce, infatti, che «le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati». A tale previsione fa eco la Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona, ove si ribadisce che «la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi dell'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati». I medesimi principi risultano, peraltro, già espressamente accolti dalla stessa Carta dei diritti, la quale, all'art. 51 (anch'esso compreso nel richiamato titolo VII), stabilisce, al paragrafo 1, che «le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»; recando, altresì, al paragrafo 2, una statuizione identica a quella della ricordata Dichiarazione n. 1. Ciò esclude, con ogni evidenza, che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, come, del resto, ha reiteratamente affermato la Corte di giustizia, sia prima (tra le più recenti, ordinanza 17 marzo 2009, C-217/08, Mariano) che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, McB; ordinanza 12 novembre 2010, C-399/10, Krasimir e altri). Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è, dunque, che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto”.

<sup>539</sup> Cfr. M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, pag. 19 e ss.

letterale, sia nell'ottica dell'interpretazione del dato normativo fornita dalle rispettive Corti nella loro evoluzione giurisprudenziale ed è anzi proprio con riferimento a questo spazio di mancata convergenza - a ben guardare limitato al momento della specificazione dei diritti enunciati nei due documenti e in alcuni casi riferito non all'*an* bensì al *quomodo* e al *quantum* di tutela - che la costruzione delle sentenze gemelle del 2007 viene in considerazione, dando vita ad un dialogo fra corti sì improntato alla permeabilità, ma non dimentico della necessità di salvaguardare attraverso lo strumento del «margine di apprezzamento» le diverse tradizioni dei paesi firmatari.

Il diritto di proprietà costituisce, ad esempio, una materia in relazione alla quale la CEDU e la Corte costituzionale hanno manifestato approcci differenti e, vista anche una recente pronuncia del Tribunale di Firenze<sup>540</sup> in cui si risarcisce il danno non patrimoniale causato dalla lesione di questo diritto proprio richiamando nel senso della sua appartenenza a quelli inviolabili la giurisprudenza della Corte Europea, può essere preso a paradigma circa il tema che qui interessa.

#### 3.1.2.1. La travagliata storia dell'art. 1 - 1° Protocollo

In quest'ottica, preliminarmente rispetto alla valutazione della prospettiva offerta dai giudici di Strasburgo, risulta essenziale dar conto del dibattito che precedette l'entrata in vigore del 1° protocollo aggiuntivo, il cui art. 1 - rubricato *Protezione della proprietà* - prevede: "Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende". Questa versione rappresenta l'esito di un lungo dibattito svoltosi inizialmente in seno alla Commissione incaricata di redigere la CEDU e

<sup>540</sup> Trib. Firenze, 21 gennaio 2011, in *NGCC*, 2011, I, pag. 762 e ss., con nota di F. Azzari, *La proprietà e la tutela aquiliana dei diritti inviolabili*; in *Resp. civ. e prev.*, 2011, pag. 1290 e ss., con nota di P. Ziviz, *La scivolosa soglia dei diritti inviolabili*, cit.

successivamente riproposti nell'Assemblea Comune e all'interno del Consiglio d'Europa che doveva approvarla.

Il diritto di proprietà veniva esplicitamente richiamato già nella prima bozza predisposta dall'*European Movement* nel 1949 e segnatamente alla lett. k) dell'art. 1, che conteneva la lista dei diritti da proteggere: “*Freedom from arbitrary deprivation of property*”<sup>541</sup>. Sennonché nella Commissione Affari Legali, incaricata dall'Assemblea Comune di redigere una prima bozza, si registrò una certa reticenza rispetto al suo inserimento nella convenzione, sostanzialmente per due ordini di ragioni: secondo alcuni la proprietà era un diritto da ascrivere fra quelli socio-economici e in quanto tale escluso da quelli cui la futura CEDU avrebbe dovuto offrire protezione (diritti civili e politici), per altri invece era la troppa diversità di regole e concezioni presenti nei diversi paesi a suggerire di non includerlo nel progetto<sup>542</sup>. Queste considerazioni non furono però in grado di persuadere la maggioranza dei componenti la Commissione Affari Legali, che tuttavia, schieratasi a favore dell'inserimento del diritto di proprietà fra quelli che andavano menzionati nella convenzione, decise di rimettere la decisione ultima all'allora Assemblea Comune<sup>543</sup>.

Anche in seno a quello che oggi è divenuto il Parlamento Europeo si registrarono però opinioni divergenti<sup>544</sup> al punto che il Consiglio speciale dei Ministri reputò di

---

<sup>541</sup> *Collected edition of the 'Travaux préparatoires' of the European Convention on Human Rights*, The Hague, 1975, I, Appendix, pag. 296.

<sup>542</sup> Cfr. in questo senso A.R. Çorban, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, Aldershot, 2004, pag. 129, e T. Allen, *Property and The Human Rights Act 1998*, Oxford, 2005, pagg. 18-19.

<sup>543</sup> *Collected edition of the 'Travaux préparatoires' of the European Convention on Human Rights*, cit., II, pag. 132.

<sup>544</sup> A.R. Çorban, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, cit., pag. 130 e s., ne ha individuati tre: “*The first group defended the inclusion of guarantee to the right to property. Such ideas came mainly from the Catholic members of the Assembly. They argued that the right to own property is one of the fundamental, natural rights of men and should be included to the Convention. [...] The second group endorsed the inclusion of a limited guarantee for property rights into the Convention. Such approaches arose from variety of perspective. Several members made reference to Hegelian personality understanding property. They claimed that property is an extension or projection of personality and belongings are tied to their owner’s being. [...] The third group, in particular United Kingdom and Swedish members, opposed the inclusion of any guarantee of property rights into the Convention. The mainly raised two different objections. One of the objection depended on the tactical ground. [...] the aim of the Convention was to define and guarantee the political basis of association of European nations that was the maintenance of certain democratic rights. Therefore, he proposed, two considerations should govern the selection of rights to be included in the Convention: the conclusion of the Convention was urgent and anything that might delay it should be avoided. Secondly, it should be*



coinvolgere una nuova Commissione di esperti, la quale nel suo *report* del 16 marzo 1950 decise di puntare molto l'accento sull'importanza del diritto di proprietà in riferimento anche alla possibilità che attraverso il suo riconoscimento nella convenzione si potesse mettere un freno all'atteggiamento di quei regimi totalitari che proprio dell'interferire con la proprietà privata del singolo facevano uno strumento di pressione<sup>545</sup>. Il testo proposto dalla Commissione - "*All individuals and corporate bodies are entitled to respect for their property. Such property shall not be liable to arbitrary confiscation. This shall not, however, in any way prejudice the right of the different States to enact such laws as may be necessary to ensure the use of this property for the public good*"<sup>546</sup> - dopo un ampio dibattito e alcuni emendamenti<sup>547</sup> fu trasmesso al Consiglio speciale dei Ministri con la raccomandazione di inserirlo nel testo della convenzione, ma tale indicazione non venne seguita: la Convenzione fu sottoscritta senza che il diritto di proprietà venisse in essa disciplinato e la questione fu nuovamente rimessa alla Commissione di esperti<sup>548</sup>.

L'ulteriore fase di approfondimento vide aggiungersi altre due proposte oltre a quella già in precedenza redatta, una proveniente dalla Gran Bretagna - "*Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. This provision, however, shall not be considered as infringing in any way in the right of a state to enforce such laws as it deems necessary either to serve the ends of justice or to secure*

---

*limited to the minimum items needed for immediate purpose. [...] The second objection to inclusion of the right to property in the Convention came from socialist members of the Assembly. They were of the opinion that the right to property is a social and economic right. [...] Several speakers argued that it would be unsatisfactory and make a lack of balance if the right to the protection of property were included in the proposed Conventions but not social rights such as the right to work, to leisure, to rest and to a reasonable standard of living*".

<sup>545</sup> Collected edition of the '*Travaux préparatoires*' of the European Convention on Human Rights, cit., III, pag. 262. Per T. Allen, *Property and The Human Rights Act 1998*, Oxford, 2005, pag. 22, "*although the Experts recommended the inclusion of a right to property to counteract the tendency of totalitarian regimes 'to interfere with the right to own property as a means of exercising illegitimate pressure on its nationals', they did not put forward a draft clause. They felt that the content of a right to property was 'more in the nature of a political question not falling within its competence'. It seemed that the right to property was being sidelined*".

<sup>546</sup> Collected edition of the '*Travaux préparatoires*' of the European Convention on Human Rights, cit., V, pag. 244 e ss.

<sup>547</sup> Si veda A.R. Çorban, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, cit., pagg. 132-133.

<sup>548</sup> Secondo T. Allen, *Property and The Human Rights Act 1998*, Oxford, 2005, pag. 24, "*the real objection was not to the principle of a right to property, but rather to the language in which the draft clauses had been expressed*".

*the payment of monies due whether by way of taxes or to ensure the acquisition or use of property in accordance with the general interest*<sup>549</sup> - e l'altra dal Belgio - *“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No-one shall be deprived of his possessions except in the public interest, in such cases and by such procedure as may established by law and subject to fair compensation which shall be fixed in advance. The penalty of total confiscation of property shall not be permitted. The present measures shall not however infringe in any way the right possessed by States to pass legislation to control the use of property in accordance with the general interest or to impose taxes or others contributions”*<sup>550</sup>.

La prima parte comune ad entrambe trovò approvazione unanime, mentre il fulcro del dibattito fu costituito dall'opportunità di inserire un esplicito riferimento alla *“compensation”*. I delegati di Gran Bretagna e Francia si opposero<sup>551</sup> e, nonostante una buona parte dei componenti la Commissione fossero invece favorevoli, sulla ragione che le eterogenee situazioni in cui il diritto di proprietà doveva essere sacrificato impedivano l'individuazione di uno strumento adatto a tutte<sup>552</sup> il riferimento venne abbandonato anche perché ritenuto implicito nel richiamo alle *“conditions provided by the law”*<sup>553</sup>, cui la Repubblica Federale di Germania pretese fosse però aggiunto l'inciso *“and by the general principles of International law”*<sup>554</sup>.

La versione definitiva confluitò nell'art. 1 del 1° Protocollo Addizionale, sottoscritto a Parigi il 20 marzo del 2052 ed entrato in vigore il 18 maggio del 1954.

### 3.1.2.2. La Corte di Strasburgo e il diritto di proprietà

---

<sup>549</sup> *Collected edition of the 'Travaux préparatoires' of the European Convention on Human Rights*, cit., VII, pag. 186.

<sup>550</sup> *Ivi*, pag. 206.

<sup>551</sup> Cfr. A.R. Çorban, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, cit., pagg. 134-135.

<sup>552</sup> Esplicitata dal Governo inglese, *Collected edition of the 'Travaux préparatoires' of the European Convention on Human Rights*, cit., VII, pag. 208, il quale *“did not think it possible to express this principle in terms which would be appropriate to all the various types of case which might arise, nor could it admit that decisions taken on this matter by the competent national authorities should be subjected to revision by international organs”*.

<sup>553</sup> *Collected edition of the 'Travaux préparatoires' of the European Convention on Human Rights*, cit., VIII, pag. 10.

<sup>554</sup> *Collected edition of the 'Travaux préparatoires' of the European Convention on Human Rights*, cit., VII, pag. 312.

Se la genesi della disciplina del diritto di proprietà nella CEDU può dirsi essere stata travagliata perché oggetto di repentine accelerazioni e fragorose battute d'arresto, diverso è stato il cammino successivo alla sua inclusione nell'art. 1-1° protocollo. Invero da un'interpretazione tendenzialmente restrittiva del dato normativo in maniera graduale, ma costante, si è giunti ad abbracciare una concezione sempre più ampia del diritto di proprietà<sup>555</sup> essenzialmente seguendo due direzioni.

La prima riguarda la sua ascrivibilità *ipso iure* fra le prerogative imprescindibili della persona<sup>556</sup>. Si tratta di una qualificazione che non è stata esplicitata, ma che viene dedotta in virtù di due fattori. Anzitutto dalla quantificazione dell'indennità di esproprio, in relazione alla quale la Corte di Strasburgo si mostra restia ad ammettere riduzioni rispetto al valore di mercato del bene anche se la misura è giustificata da una "causa di pubblica utilità"<sup>557</sup>, in questo modo negando la possibilità che il diritto del

---

<sup>555</sup> Cfr. in questo senso M.L. Padelletti, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003, pag. 60 e ss.; F. Bilancia, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, 2002, pag. 93 e ss.; S. Bonatti, *La protezione della proprietà nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1999, pag. 833 e ss., ma già L. Condorelli, *La proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1970, pag. 175 e ss.

<sup>556</sup> Vede con favore tale qualificazione F. Galgano, *Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo*, in *Contr. e impr.*, 2009, pag. 891, mentre mostrano perplessità G. Ramaccioni, *La proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, pag. 861 e ss.; F.D. Busnelli, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, pag. 292, il quale auspica "che si possa «arrivare ad un giusto mezzo» tra l'individualismo-liberalismo posti a fondamento della norma europea [...] e il personalismo-solidarismo a cui si ispira la Costituzione italiana", e C. Salvi, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, pag. 409 e ss.

<sup>557</sup> Si veda nel senso della quantificazione pari al valore di mercato l'ormai celebre caso *Scordino v. Italia*, in *Giur. it.*, 2007, c. 2055 e ss. La differenza rispetto all'impostazione del nostro ordinamento è stata oggetto di più interventi della nostra Corte costituzionale: oltre alle nn. 348 e 349 del 2007, cit., si veda più di recente Corte cost., n. 181 del 7 giugno 2011, n. 6.4, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), la quale, richiamato il fatto che "nella giurisprudenza di questa Corte è costante l'affermazione che l'indennizzo assicurato all'espropriato dall'art. 42, terzo comma, Cost., se non deve costituire una integrale riparazione per la perdita subita – in quanto occorre coordinare il diritto del privato con l'interesse generale che l'espropriazione mira a realizzare – non può essere, tuttavia, fissato in una misura irrisoria o meramente simbolica, ma deve rappresentare un serio ristoro (ex multis: sentenze n. 173 del 1991; sentenza n. 1022 del 1988; sentenza n. 355 del 1985; sentenza n. 223 del 1983; sentenza n. 5 del 1980)" e ribadito che "il legislatore non ha il dovere di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene ablati e che non sempre è garantita dalla CEDU una riparazione integrale, come la stessa Corte di Strasburgo ha affermato, sia pure aggiungendo che in caso di «espropriazione isolata», pur se a fini di pubblica utilità, soltanto una riparazione integrale può essere considerata in rapporto ragionevole con il valore del bene", ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della normativa relativa all'indennità di esproprio per i suoli agricoli e per quelli non edificabili (art. 5-bis, comma 4, del D.L. 333/92 in combinato disposto con gli artt. 15, comma 1, secondo periodo, e 16, commi 5 e 6, della

proprietario possa a determinate condizioni essere bilanciato con altri interessi di natura sociale<sup>558</sup>. Indice di una concezione nel senso della proprietà quale diritto della persona è poi il fatto che in caso di sua violazione la Corte EDU non esiti a risarcire anche le conseguenze non patrimoniali<sup>559</sup>, come ad esempio nei confronti di un cittadino italiano cui sono stati riconosciuti 5.000 Euro a titolo di danno morale per la sofferenza causata dal prolungato periodo di tempo - cinque anni - necessario per rientrare nel possesso di un appartamento di sua proprietà<sup>560</sup>. Ora, il fatto che la proprietà venga menzionata in un documento il cui oggetto sono “i diritti dell’uomo e le libertà fondamentali”, nonostante un autore abbia messo in evidenza come “*none of the members who defended the inclusion of the right to own property wanted to include a provision making the right to property an absolute and unquestionable right. Rather, they accepted that use of property should be subjected to limitations for general utility*”<sup>561</sup>, ha giocato indubbiamente a favore di tale qualificazione, che tuttavia poteva diversamente atteggiarsi, magari limitandola a particolari situazioni in cui il rapporto fra proprietario e bene effettivamente si presenta determinante per la tutela della personalità del singolo.

Il secondo movimento di espansione ha riguardato il contenuto del diritto di proprietà e le fattispecie ad esso riconducibili. Invero sotto l’egida dell’art. 1-1° protocollo sono state ricondotte non solo le classiche fattispecie riconducibili alla titolarità di beni mobili o immobili e alla moderna proprietà intellettuale<sup>562</sup>, ma anche - rinunciando così ad una ripartizione ormai da tempo acquisita nella maggior parte

---

legge n. 865/71). Per la dottrina, *ex plurimis*, di recente R. Rolli, *La proprietà come diritto dell’uomo?*, in *Contr. e impr.*, 2011, pag. 1044 e ss.

<sup>558</sup> C. Salvi, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, pag. 443 e ss., il quale mette in luce come la Corte di Strasburgo “lascia per la verità aperto uno spiraglio per alcune «riforme economiche, sociali e politiche», che consentirebbero di derogare al principio della riparazione integrale” (pag. 446).

<sup>559</sup> A.R. Çorban, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, cit., pag. 229 e ss., e R. Rolli, *La proprietà come diritto dell’uomo?*, cit., pag. 1052 e ss.

<sup>560</sup> *M. Rosa v. Italia*, Application n. 36249/97, First Section, 17 aprile 2003, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>561</sup> A.R. Çorban, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, cit., pag. 131.

<sup>562</sup> Cfr. M.L. Padelletti, *La tutela della proprietà nella Convenzione Europea dei diritti dell’uomo*, cit., pag. 61.

degli ordinamenti europei<sup>563</sup> - i diritti di credito sia nei confronti dei privati che nei confronti dello Stato<sup>564</sup>, nonché la capacità di disporre per testamento<sup>565</sup>, e a certe condizioni anche le licenze commerciali<sup>566</sup>. Come è evidente si tratta di situazioni fra loro eterogenee e accomunate solamente dalla patrimonialità dell'interesse fatto valere<sup>567</sup>, il che tuttavia nella maggior parte degli ordinamenti europei non sarebbe sufficiente a ricondurli tutti entro la categoria della proprietà<sup>568</sup>.

### 3.1.2.3. Is property a human right? *Le riserve della dottrina anglosassone*

---

<sup>563</sup> La distinzione fra le due categorie è ben definita ad esempio nel nostro ordinamento, mentre, pur presente, sembra meno netta in *Common Law*, dove, come evidenza L. Moccia, *Il modello inglese di proprietà*, in AA. VV., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Bari, 2008, pag. 57, la differenza fra *rights «in rem»* e *rights «in personam»* “risente di un ambiente storico-culturale come quello di *common law*, i cui giuristi, equiparando le due categorie di diritti quali beni immateriali oggetto di *property* nell'ambito di una concezione di questa come sinonimo di patrimonio, pure sembrano far mostra di voler ignorare questa distinzione o, meglio, di non interessarsi ai suoi risvolti teorici”.

<sup>564</sup> Per una rassegna di queste ipotesi cfr. A.R. Çorban, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, cit., pag. 150 e ss., per il quale “*the case-law established that private law assets such as monetary claims based on contract, tort or unjust enrichment are clearly included in the concept of possession as well as shares in companies*”, e pag. 155 e ss., “*although public claims do not constitute property under most of the contracting states’ civil laws, the Convention organ, in accordance with public international law, interpreted the concept of possessions autonomously and established that all public law claims that have pecuniary value constitute ‘possessions’ within the meaning of P1-1*”. Meno recente, ma altrettanto dettagliato, è il contributo di W. Peukert, *Protection of ownership under article 1 of the First Protocol to the European Convention of Human Rights*, in *Human Rights Law Journal*, 1981, pag. 37 e ss.

<sup>565</sup> M.L. Padelletti, *La tutela della proprietà nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, cit., pag. 62 e s.

<sup>566</sup> A.R. Çorban, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, cit., pag. 160, “*a licence can constitute possession in the meaning of P1-1 as long as the licence holder gets economic interest from it. However, such licences can be withdrawn, complying with the conditions laid down in the relevant domestic law. Such withdrawal does not constitute interference with property. But public authorities should respect the legitimate expectations of the licence holder when applying such a withdrawal*”.

<sup>567</sup> In questo senso M.L. Padelletti, *La tutela della proprietà nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, cit., pag. 64. Per G. Raimondi, *Libertà fondamentali e libertà economiche: l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., pag. 430, “la Corte [...] ha interpretato la parola «beni» in un senso piuttosto ampio, includendo nel concetto non solo il diritto di proprietà, ma anche tutta una serie di diritti patrimoniali quali diritti collegati ad azioni, a brevetti, a sentenze arbitrali, un diritto a pensione, il diritto di ricevere un canone di locazione e così via”.

<sup>568</sup> Come afferma F. Manganaro, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.*, 2008, pag. 379 e ss., “la Corte non compie uno sforzo di definire una nozione generale del concetto di proprietà, essendo sufficiente ai suoi fini, far coincidere il concetto di bene con quello di proprietà. Ne consegue che la proprietà si identifica con la «cosa» oggetto del diritto più che con il diritto stesso. In questo modo la Corte conforma una propria idea di bene – e quindi di proprietà – autonoma rispetto alla qualificazione giuridica data dagli ordinamenti interni, relativamente a quella fattispecie” (pagg. 392-393).

L'eventualità che il diritto di proprietà venga ascritto fra quelli inviolabili è questione discussa anche nella terra di colui al quale viene attribuita la paternità della concezione di matrice individualistica del *right to property*<sup>569</sup>. Nel Regno Unito il dibattito sul tema era già tornato di attualità negli ultimi anni<sup>570</sup>, ma ha trovato nuovi spunti a seguito dell'emanazione del *Human Rights Act*<sup>571</sup> del 1998 con il quale l'ordinamento inglese ha recepito la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Il fatto che la prima pronuncia in cui la nuova normativa è venuta in considerazione sia originata da un caso riguardante il *Property Law* offre la cifra dell'impatto che la previsione dell'art. 1-1° Protocollo ha avuto Oltremarica<sup>572</sup>. Tale disposizione viene infatti ad inserirsi in un sistema che di fatto, nonostante la riforma del 1925<sup>573</sup>, non ha mai del tutto abbandonato l'antica impostazione feudale<sup>574</sup>, caratterizzata "da un'idea di appartenenza in cui il connotato della esclusività si stempera in ragione del moltiplicarsi di singoli rapporti di utilizzazione, graduati nel tempo, di una medesima *res* da parte di più soggetti"<sup>575</sup>, e quindi difficilmente compatibile con la qualificazione

---

<sup>569</sup> J. Locke, *Due trattati sul governo*, Torino, 1960, pagg. 239 e ss., 258 e ss. Sulla qualificazione del *right to property* quale diritto inviolabile nel pensiero di Locke cfr. C.B. Macpherson, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, Milano, 1962, pag. 225 e ss., e più di recente S. Buckle, *Natural Law and the Theory of Property: Grotius to Hume*, Oxford, 2002, pag. 125 e ss.

<sup>570</sup> Soprattutto a partire dalla fine degli anni settanta: L.C. Becker, *Property Rights: Philosophic Foundations*, London, 1977; D.R. Denman, *The place of property. A New Recognition of the Function and Form of Property Rights in Land*, London, 1978; A. Ryan, *Property and Political Theory*, Oxford, 1984; J. Waldrom, *The Right to Private Property*, Oxford, 1988; S.R. Munzer, *A Theory of Property*, Cambridge, 1990; J. Penner, *the Idea of Property Law*, Oxford, 1996; S. Panesar, *General Principles of Property Law*, Edinburgh, 2001; S. Buckle, *Natural Law and the Theory of Property: Grotius to Hume*, cit.; T. Endicott-J. Getzler-E. Peel, *Properties of Law. Essay in Honour of Jim Harris*, Oxford, 2006.

<sup>571</sup> Disponibile in [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk).

<sup>572</sup> *Wilson v. First County Trust Ltd (No 2)*, [2002] QB 74, citato anche da T. Allen, *Property and The Human Rights Act 1998*, cit., pag. 2. Dello stesso autore cfr. anche *Id.*, *The Human Rights Act (UK) and Property Law*, in J. McLean (edited by), *Property and the Constitution*, Oxford, 1999, pag. 147 e ss. Si veda altresì R.J. Smith, *Property Law*, Edinburgh, 2006, pag. 15 e ss.

<sup>573</sup> Cfr. il *Law of Property Act* del 1925, in [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk).

<sup>574</sup> Basti pensare che formalmente il territorio inglese è ancora oggi *terra regis*. Per questo profilo cfr. R. Megarry-H.W.R. Wade, *The Law of Real Property*, London, 1984, pag. 12 e ss., P. Todd, *Textbook on Trusts*, London, 1993, pag. 5 e ss., nonché in lingua italiana L. Moccia, *Il modello inglese di proprietà*, cit., pag. 43 e ss., e P. Matthews, *La proprietà: storia e comparazione*, in C. Castronovo-S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, pag. 22 e ss. In generale sul *Property Law* si veda F.H. Lawson, *Introduction to the Law of Property*, Oxford, 1977, e più di recente A. Burrows, *English Private Law*, Oxford, 2007, pag. 219 e ss.

<sup>575</sup> L. Moccia, *Il modello inglese di proprietà*, cit., pag. 45. Per P. Matthews, *La proprietà: storia e comparazione*, cit., pag. 30, in *Common Law* "il diritto di usare e godere della terra è visto come separato dalla titolarità della terra stessa, la quale appartiene al re, cosicché su uno stesso bene sono

teorica della proprietà come “*droit inviolable et sacré*”<sup>576</sup>, come già al tempo William Blackstone aveva fatto notare<sup>577</sup>. Tanto è vero che le teorie lockiane, piuttosto che in Inghilterra, dove vennero sì attuate ma nel solco di un approccio storicistico in continuità col passato e funzionale alla limitazione del potere della corona<sup>578</sup>, ebbero maggior seguito sul continente con la rivoluzione francese<sup>579</sup>, che ne propose una versione individualistica tesa ad eliminare i privilegi e superare l'intero ordine cetuale del medioevo<sup>580</sup>.

---

ipotizzabili diversi diritti di proprietà che operano simultaneamente o consecutivamente in favore di differenti soggetti”.

<sup>576</sup> P. Grossi, *La proprietà e le proprietà oggi*, in G. Alpa (a cura di), *Paolo Grossi*, Bari, 2011, pag. 168 e ss., mette in luce come nel sistema medievale il diritto di proprietà non fosse ricondotto alle prerogative inviolabili dell'uomo, qualificazione che inizia a farsi invece largo nel XVIII secolo nel momento in cui si consuma “l'abbandono del vecchio *reicentrismo* per un deciso *antropocentrismo*” (pag. 172).

<sup>577</sup> Come riporta A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995, pagg. 22-23, quando afferma che Blackstone “analizzando la disciplina proprietaria del common law, aveva dovuto riscontrare che, almeno in campo immobiliare, la coincidenza tra l'idea filosofica della proprietà come appartenenza assoluta e la trama delle discipline tecnico-giuridiche si realizzava solo a proposito dell'allodio, che infatti è da lui chiamato «property in it's highest degree»; il che lo conduceva a confessare mestamente che: «This allodial property no subject in England has». Ovvero si trattava di una figura giuridica positivamente inesistente e ciò spiega bene perché i common lawyers ne ignorassero la presenza nei loro discorsi”.

<sup>578</sup> M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 1995, pag. 26-27, secondo il qual “il giusnaturalismo di Locke - [...] - e degli inglesi è perciò ben diverso dal giusnaturalismo di cui discuteremo tra poco, quando affronteremo il nostro secondo modello, quello individualistico. Al giusnaturalismo lockiano così ricostruito manca infatti ogni carica polemica contro il passato medievale, che anzi viene recepito, ed adattato ai tempi nuovi. La nuova società civile liberale è in questo senso nient'altro che la generalizzazione, opportunamente corretta ed emendata, dell'antica autonomia medievale dei diritti e delle libertà”. Di diversa opinione pare S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990, pagg. 116-117, secondo il quale, nonostante in Inghilterra sia mancato “un reale movimento per la riforma della disciplina della proprietà”, “sul vecchio tronco del potere proprietario s'innestano gli strumenti che rendono possibile una razionalizzazione produttiva, assicurando così, anche in quel particolare contesto, l'emergere sicuro dei tratti dell'individualismo possessivo”.

<sup>579</sup> Per A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., pag. 337, “le dottrine di Locke (a parte la loro poderose incidenza sul costituzionalismo settecentesco americano) eserciteranno un notevolissimo influsso anche in diverse aree culturali del continente, a cominciare dalla Francia illuministica. Come è comprensibile, piuttosto che agganciarsi alle formule politiche dell'assolutismo illuminato (ma anche qui la difesa lockiana della tolleranza religiosa, ad esempio, non rimarrà senza presa), esse influenzeranno quelle teorizzate dall'illuminismo liberale e dai fisiocrati che, sviluppate in senso democratico da Rousseau, costituiranno in Francia la sostanza dell'ideologia rivoluzionaria”.

<sup>580</sup> M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, cit., pagg. 30-31, il quale afferma che la Francia finisce per diventare il “paese-guida” della “nuova dimensione moderna individualistica [...] poiché è in Francia, prima con lo Stato assoluto, e poi con la rivoluzione, che si è più tipicamente e nettamente costruito il diritto moderno a base individualistica, quello civile dei codici, e quello pubblico-costituzionale delle dichiarazioni dei diritti”, dove il primato dell'individuo non è rivolto solo contro il potere statale, ma “prima di tutto verso i poteri dei ceti, verso il signore-giudice, il signore-esattore, il signore-amministratore”.

Senonché già in passato le evoluzioni cui è stato sottoposto il diritto dominicale avevano indotto un autore a parlare di “*disintegration of property*”<sup>581</sup>, fenomeno che troverebbe causa non solo nel passaggio dalla proprietà intesa quale “*material things that are owned by persons*”<sup>582</sup> alla proprietà definita come “*bundle of rights*”<sup>583</sup> e riferita anche agli “*intangibles*”<sup>584</sup>, ma soprattutto nella frammentazione dello stesso concetto di proprietà al quale sono oggi ricondotte molteplici ed eterogenee fattispecie<sup>585</sup>. La conseguenza di tale *disintegration* veniva allora individuata nel fatto che la proprietà aveva smesso di essere “*an important category in legal and political theory*”<sup>586</sup>.

Di recente e proprio a seguito dello *Human Rights Act* ancor più in là si è spinto uno tra i più autorevoli studiosi di *Property Law* - Jim Harris<sup>587</sup> - secondo il quale dalle premesse di Grey seguirebbe che “*whatever the merits of the arguments advanced in the seventeenth and eighteenth centuries for asserting a moral basis for the property institution, they have no application today since ‘property’ no longer means anything at all. That branch of political philosophy which nowadays goes under the name ‘property theory’ should be abandoned*”<sup>588</sup>. Si tratta di una conclusione che lo stesso Harris non si sente di contestare, sebbene egli ritenga di ricavarla da un’ulteriore ragione. Per lo studioso inglese alla qualificazione del diritto di proprietà quale *Human Right* osterebbe infatti non solo la generalizzazione cui questo è oggi esposto<sup>589</sup>, ma anche il fatto che nell’ordinamento contemporaneo esso sia costantemente assoggettato ad una serie di “*expropriation rules*” e “*property-limitations rules*”<sup>590</sup>, come ad esempio il divieto per il titolare di un esercizio commerciale di impedire a qualcuno

---

<sup>581</sup> T.C. Grey, *The disintegration of Property*, in J.R. Pennock-J.W. Chapman, *Nomos XXII: Property*, New York, 1980, pag. 69 e ss.

<sup>582</sup> *Ivi*, pag. 69.

<sup>583</sup> *Ibidem*.

<sup>584</sup> *Ivi*, pag. 70.

<sup>585</sup> *Ivi*, pag. 71 e ss.

<sup>586</sup> *Ivi*, pag. 81.

<sup>587</sup> *Ex multis* cfr. J. Harris, *Property and Justice*, Oxford, 1996.

<sup>588</sup> J. Harris, *Reason or Mumbo Jumbo: The Common Law’s Approach to Property*, in *Proceedings of the British Academy*, 117, Oxford, 2002, pag. 455.

<sup>589</sup> J. Harris, *Is Property a Human Right?*, in *Property and the Constitution*, cit., pag. 79, “*since ‘possession’ covers anything from immense riches to the clothes someone stands up in, how could it be supposed the well-being of all humans makes «enjoyment» of all possession a universal right?*”.

<sup>590</sup> J. Harris, *Reason or Mumbo Jumbo: The Common Law’s Approach to Property*, cit., pag. 455 e ss.



di entrare nel suo negozio<sup>591</sup> ovvero quello di utilizzare il proprio martello per colpire una persona o distruggere una finestra<sup>592</sup>. Il fatto che sussistano una serie di limitazioni, in altre parole, se da un lato non arriva a rendere inutile il concetto di proprietà<sup>593</sup>, dall'altro impedisce che esso possa *tout court* annoverarsi fra le prerogative inviolabili della persona<sup>594</sup>.

#### 3.1.2.4. Il rapporto fra proprietà e persona alla luce della nostra Costituzione

Ad un esito non troppo differente si è giunti anche nel nostro ordinamento lungo un percorso graduale, ma costante, posto che la storia del “terribile, e forse non necessario diritto”<sup>595</sup> si presenta anche nella nostra esperienza quanto mai dinamica e recettiva dei mutamenti economici, sociali e politici<sup>596</sup>.

---

<sup>591</sup> *Ivi*, pag. 467 e s., dove l'autore mette in luce che tale regola non sia del tutto pacifica negli U.S.A., mentre nel 1999 la *House of Lords*, nel caso *DPP v. Jones*, 2 AC 240, abbia deciso che “*the owner of highway could not, as a matter of common law, exercise his power to exclude where that would prevent a peaceful, non-obstructive assembly*”.

<sup>592</sup> J. Harris, *Is Property a Human Right?*, cit., pag. 66.

<sup>593</sup> J. Harris, *Reason or Mumbo Jumbo: The Common Law's Approach to Property*, cit., pag. 460, per il quale “*ownership is a malleable conception, but that does not rob it of meaning. The fact that there are limitations no more entails that ownership has disintegrated than the fact that there are speech restrictions on free speech means that the idea of freedom-to-speak has disintegrated*”.

<sup>594</sup> J. Harris, *Is Property a Human Right?*, cit., pag. 87, per il quale “*the holdings vested in any particular person at any particular time are stamped, morally, with a contestable and mutable mix of property-specific justice reasons. Only in that presumptive (and weak) sense do I have a human right to my possessions*”.

<sup>595</sup> Come ebbe a definirlo occupandosi del furto C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, in L. Firpo (diretta da), *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, Milano, 1984, pag. 75, dove alla nota 3 si segnala “un cambiamento di opinione di Beccaria sul diritto di proprietà: la prima redazione e l'*editio princeps* dei *Delitti* recitano a questo punto: «terribile ma forse necessario diritto» [...]. La variazione introdotta da Beccaria con la «terza» edizione dell'opera è comunque da ascrivere al suo pensiero, se il rigetto dell'idea della proprietà privata era in lui talmente esplicito da scatenare l'ironia di una lettera di Pietro ad Alessandro Verri, nel periodo del progettato viaggio di Beccaria in Russia: «Ponilo a fronte d'un ministro moscovita, con una incombenza, per cui non ha i mezzi, e vedrai qual meschina figura sarà la sua. Egli comincerà il Codice col togliere il diritto di proprietà: ti farà un romanzo» (lettera del 16 settembre 1767, in: *Carteggio di Pietro e Alessandro Verri*, Milano, vol. I, a cura di E. Greppi e A. Giulini, 1923, parte seconda, p. 63)”.

<sup>596</sup> Secondo P. Grossi, *L'inaugurazione della proprietà moderna*, Napoli, 1980, pagg. 17-18, “al costante quesito che nasce dal necessario intreccio fra individuo collettività e beni, ogni ordinamento storicamente positivo ha dato risposte diversificate a seconda delle condizioni geopedologiche e dell'assetto economico, con diversità che il legame con una certa ideologia tende sempre a marcare e ad esasperare: talora assolutizzando e intensificando, talora attenuando i contenuti propri della nozione; talora identificandola in un rapporto unico ed esclusivo - politicamente assai pregnante - nella più rigorosa discriminazione fra proprietario privilegiato e non-proprietario socialmente sguarnito, talora relativizzandola in capo ad una pluralità di soggetti. La storia della proprietà si configura quindi correttamente come la storia di queste risposte, ciascuna delle quali ha una propria autonomia e tipicità

Alla luce di questo profondo legame tra costruzione teorica e precipitato giuridico debbono essere valutate le previsioni normative che nel corso del tempo si sono susseguite in materia di proprietà. Ad esempio nel combinato disposto degli artt. 29 dello Statuto Albertino<sup>597</sup> e 436 del c.c. del 1865<sup>598</sup> risulta evidente il nesso con la concezione individualistica e antropocentrica già positivizzata negli artt. 2 e 17 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789<sup>599</sup> e poi confluita, seppur mutando *ratio*<sup>600</sup>, nell'art. 544 del *Code Napoléon*<sup>601</sup>. Il ceto dei giuristi del tempo, che a ben guardare non aveva del tutto abbandonato l'approccio medievale alla questione proprietaria<sup>602</sup>, non si presentava tuttavia compatto, perché a fronte di una serie di

---

entro limiti precisi dell'ambiente e del clima culturale che la condiziona ma anche la giustifica. La linea storica corre formalmente unitaria ma sostanzialmente scandita in momenti dotati di rilevante specificità".

<sup>597</sup> "Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili. Tuttavia quando l'interesse pubblico legalmente accertato, lo esiga, si può essere tenuti a cederle in tutto o in parte, mediante una giusta indennità conformemente alle leggi".

<sup>598</sup> "La proprietà è il diritto di godere e di disporre delle cose nella maniera più assoluta, purchè non se ne faccia un uso proibito dalle leggi o dai regolamenti".

<sup>599</sup> Art. 2 - "*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression*" e art. 17 - "*La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*".

<sup>600</sup> Per M. Comporti, *Ideologia e norma nel diritto di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, pag. 297, la norma "costituiva una logica conseguenza dei principi ideologici già emersi nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, principi però che, all'epoca del *Code Napoléon*, sembravano aver perduto il loro significato rivoluzionario ed assunto il carattere di strumento di difesa del nuovo ordine fondato sulla proprietà". S. Rodotà, *Il terribile diritto*, cit., pag. 76 e ss., approfondisce i passaggi che dalla Dichiarazione del 1789 hanno portato all'art. 544 del *Code* e mette in luce alcune differenze proprio in ordine ai presupposti politici delle due disposizioni, ma conclude affermando che "le modalità strutturali del diritto di proprietà, quali erano messe in evidenza dall'art. 544, concorrevano decisamente ad imporne una lettura in chiave individualistica".

<sup>601</sup> "*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*".

In merito alla matrice lockiana delle disposizioni, non solo dell'ordinamento italiano, riguardanti la proprietà nei secoli XVIII e XIX cfr. su tutti P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006, pag. 23 e ss. Sulla derivazione dell'art. 436 c.c. abrogato dal *Code* si veda sempre P. Grossi, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quad. Fior.*, I, 1977, pag. 201 e ss.; M. Comporti, *Ideologia e norma nel diritto di proprietà*, cit., pag. 300 e ss., e più di recente A. Moscarini, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, pag. 61 e ss.

<sup>602</sup> P. Grossi, *Tradizione e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, cit., pag. 214 e ss., secondo il quale "i giuristi, malgrado il lavacro palinogenetico (o preteso tale) del giusnaturalismo e della codificazione, ne hanno intrisa la propria consistenza scientifica, se lo trovano calato ben dentro il proprio costume intellettuale. E quando affrontano il tema del rapporto uomo-beni, ritornano - coscientemente o subcoscientemente - alle trame di quel modello, che, attraverso generazioni di giuristi, era penetrato come patrimonio latente anche nel giureconsulto nuovo" (pag. 214) e di cui tracce si hanno nello stesso testo legislativo, dove "l'art. 544 cela insomma in sé, al di sotto delle speciose enunciazioni trionfistiche intorno alla più assoluta sovranità del soggetto sulle cose, precise venature

autori che accolsero con favore le enunciazioni enfatiche del dato positivo<sup>603</sup> stava una parte di dottrina che, sulla scia delle elaborazioni teoriche di Gian Domenico Romagnosi e Antonio Rosmini<sup>604</sup>, ne proponeva invece una lettura meno rigida e mitigata dalla necessità di calare i diritti del proprietario nella trama sociale in cui questi vengono esercitati<sup>605</sup>. Quest'ultima impostazione trova un primo riconoscimento<sup>606</sup> a livello legislativo in occasione della stesura nel nuovo c.c., nel quale, oltre ad un ridimensionamento dell'istituto dominicale a favore di una indipendenza da questo del rapporto obbligatorio<sup>607</sup>, il testo dell'art. 832, da un lato, in ordine alla prerogativa del proprietario di godere e disporre della cosa, abbandona il riferimento alla "maniera più assoluta" in favore di un più equilibrato "modo pieno ed esclusivo" e, dall'altro, circa i confini entro cui esercitarlo, sostituisce il preciso richiamo "all'uso proibito dalla legge o dai regolamenti" con un più generico rimando

---

che segnalano echi di tradizioni più risalenti, quelle tradizioni che erano ormai calate nelle ossa dei giuristi" (pag. 217).

<sup>603</sup> Cfr. M. Comporti, *Ideologia e norma nel diritto di proprietà*, cit., pag. 302, che riporta le opinioni favorevoli di L. Borsari, *Commentario del codice civile italiano*, II, Napoli - Roma, 1872, pag. 130; C. Scotti, *Manuale di diritto civile italiano*, I, Torino, 1887, pag. 342; F.S. Bianchi, *Corso di diritto civile italiano*, cit., pag. 592; J. Mattei, *Il codice civile italiano*, II, Venezia, 1873, pag. 43.

<sup>604</sup> Cfr. P. Grossi, *Tradizione e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, cit., pag. 233 e ss., che indica due ragioni per le quali le riflessioni di tali autori in materia di proprietà hanno avuto una così profonda influenza nella formazione dei giuristi del XIX e dei primi decenni del XX secolo: "Innanzitutto, si tratta di testimonianze bifronti, al tempo stesso filosofiche e giuridiche; in esse il discorso attinge sempre ad una dimensione culturale ed è inserito in una ampia visione del mondo pur scendendo sempre al livello specifico della conoscenza giuridica con la messa in opera di strumenti d'approccio tipici della tecnica del giurista. [...] Si tratta, in secondo luogo, di personalità che, per quanto attiene al tema della proprietà, esprimono puntualmente le ambiguità di un'età di transizione come il primo Ottocento e riproducono fedelmente - con una consapevolezza più affinata - il tormentato processo di chiarificazione che coinvolge in prima persona anche i giuristi. Questi vi trovavano, in altre parole, le proprie ansie e i propri dubbi validamente puntellati da una analisi appagante".

<sup>605</sup> In questo senso *ex pluribus* G. Lomonaco, *Istituzioni di diritto civile italiano*, II, Napoli, 1884, pag. 31 e ss., "i nomoteti francesi ed italiani han voluto, nella definizione di proprietà, accennare al principio, che nei consorzi veramente civili l'elemento privato deve essere armonizzato coll'elemento sociale, quando trattasi dell'ordinamento del dominio"; F. De Filippis, *Corso completo di diritto civile comparato*, II, Milano, s.d., pag. 135 e ss., "è da riflettere che cotesto carattere assoluto si ammette e non soffre limitazione alcuna solamente da parte della cosa che niente può opporre di rispettabile al subietto diritto; ma di limitazioni ne soffre direttamente dalla legge, non per un riguardo alla cosa, ma per una veduta tutta d'interesse sociale e collettivo che vince l'interesse privato, qualunque sia", nonché F. Degni, *I limiti del diritto di proprietà*, in *Il Filangieri*, 1901, pag. 721 e ss.

<sup>606</sup> Per A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, cit., pagg. 135-136, "nella sua parte che doveva essere la più significativa la ricodificazione del 1942 non fu sistemazione conclusiva, ma un momento di transito verso un modello di proprietà privata che non si sapeva ancora definire. Nelle parole di chi pose mano al libro terzo del codice civile si ritrova la stessa tensione che ripercorre tutta l'interpretazione susseguente, ed anche la frammentazione del discorso proprietario in livelli distinti".

<sup>607</sup> Cfr. *ut supra* § 2.1.2.

ai “limiti e con l’osservanza degli obblighi stabiliti dall’ordinamento giuridico”<sup>608</sup>. Il tentativo di positivizzare l’idea che il diritto di godere e disporre del proprietario dovesse comunque essere esercitato “in conformità della funzione sociale del diritto stesso” - come noto - fallì nel momento della stesura del c.c. del 1942<sup>609</sup>, ma riproposto ebbe successo in seno alla Costituente, probabilmente anche grazie ad una maggiore presa d’atto dei cambiamenti sociali avvenuti nel XIX secolo<sup>610</sup>. Invero l’art. 42, comma 2, della nostra Carta fondamentale, una volta chiarito che “la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge”, rinunciando quindi ad una concezione collettivista<sup>611</sup>, precisa poi che essa “ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale”, così che quest’ultima da elemento esterno in grado di limitare i diritti del proprietario è divenuta un vero e proprio attributo interno che determina il contenuto stesso del diritto dominicale<sup>612</sup>. A rifiutare

---

<sup>608</sup> Mettono in luce la consumazione nel nuovo codice civile del passaggio da una logica individualista ad una concezione che tiene in considerazione anche il punto di vista sociale tra gli altri S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, pag. 123 e ss., e M. Comporti, *Ideologia e norma nel diritto di proprietà*, cit., pag. 312 e ss., e A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, cit., pag. 136. In questo senso d’altra parte è anche *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, cit., pag. 83, “il diritto di proprietà fu concepito come il più esteso, il più assoluto, il più pieno dei diritti, comprendente facoltà non suscettibili di limitazioni, se non in quanto fosse necessario per consentire agli altri l’esercizio di eguali diritti. Naturalmente questa concezione puramente teorica non poteva avere pratica attuazione e limitazioni in realtà non sono mai mancate; col tempo sono andate anzi crescendo, perché imposte da necessità di ordine sociale. [...] Oggi la configurazione della proprietà si sposta su un altro piano: non più si tratta di un diritto primigenio o naturale dell’individuo, a cui sono portate specifiche limitazioni in correlazione a determinate esigenze sociali o ad esigenze di coordinamento con altri diritti. La misura stessa del diritto si desume organicamente dalle finalità per cui il potere è riconosciuto e varia quindi in relazione ai diversi beni suscettibili di appropriazione”.

<sup>609</sup> Cfr. in merito S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., pag. 140 e ss., e P. Rescigno, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1972, pag. 33.

<sup>610</sup> L. Mengoni, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, ora in *Metodo e teoria giuridica*, cit., pag. 78, mette in mostra come “il mutamento del sistema economico portato dalla rivoluzione industriale ha determinato nello schema formale del diritto di proprietà una « sostituzione del contenuto ». Al centro del sistema sta ora l’impresa, in ordine alla quale la proprietà assume una funzione strumentale di investimento di capitale. Poiché il processo di produzione è organizzato nella forma giuridica della compra-vendita, alle cose oggetto dei diritti proprietari non si riconosce più un valore per se stesse, ma soltanto un valore di mercato”.

<sup>611</sup> T. Pasquino, *Il «contenuto minimo» del diritto di proprietà tra codice civile e Carta costituzionale*, in M. Tamponi- E. Gabrielli (a cura di), *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pag. 33 e ss.

<sup>612</sup> S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, cit., pag. 270 ss., parla di passaggio da profilo «statico» a profilo «dinamico» dell’istituto, e P. Rescigno, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., pag. 45 e ss. che la paragona al criterio del «servizio per il bene comune» della Costituzione della Repubblica Federale di Germania. Più di recente cfr. F. Amirante, *Il diritto di proprietà nella giurisprudenza costituzionale*, relazione tenuta al convegno “Incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese”, Lisbona, 8-9 ottobre 2009, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), pag. 3, “l’introduzione nel testo della Costituzione italiana della clausola relativa alla funzione sociale come predicato, come elemento

la concezione individualistica del diritto di proprietà sembra comunque l'intero impianto della norma, nel quale oltre alla «funzione sociale» cui si è appena detto, è disciplinata “nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo” l'espropriazione qualora però sussistano “motivi di interesse generale” (comma 3) ed è esplicitato il fatto che “la legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria” (comma 4).

Vi è però un altro fattore che non sembra potersi trascurare nella soluzione del quesito circa la natura del diritto di proprietà. Più autori, e primo fra tutti Filippo Vassalli<sup>613</sup>, hanno messo in luce la “frantumazione” cui l'istituto dominicale è stato sottoposto già dalla seconda metà del XIX secolo<sup>614</sup>: non più un concetto unitario di proprietà, ma una molteplicità di statuti ognuno con regole proprie. Insomma un ritorno *alle* proprietà, seppur non tanto nel senso medievale per cui nei confronti del medesimo bene potevano vantare diritti più soggetti<sup>615</sup>, quanto un regime differenziato in base al bene che viene di volta in volta in considerazione parametrato

---

qualificante, della proprietà, costituisce dunque il dato rivoluzionario nella configurazione dell'istituto rispetto al passato”. La questione era stata posta, seppur timidamente, già nella *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, cit., pag. 83, dove si affermava che “sempre le limitazioni si sono configurate come qualcosa di meramente esteriore al diritto, tali quindi che non importano restrizioni al contenuto illimitato del diritto stesso. Oggi la configurazione della proprietà si sposta su un altro piano [...]. La misura stessa del diritto si desume organicamente dalle finalità per cui il potere è riconosciuto e varia quindi in relazione ai diversi beni suscettibili di appropriazione”. Di diverso avviso rispetto a quanto affermato nel testo pare F. Santoro Passarelli, *Proprietà privata e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, pag. 960 e s., quando afferma che “non si può chiedere al privato che, nell'esercizio del suo diritto, tenga conto di altri interessi, diversi dal proprio. Se si rinuncia a questa precisa affermazione, si perde veramente il senso del diritto soggettivo in generale, oltre che del diritto di proprietà in particolare. Il solo limite interno al diritto soggettivo rimane quello dell'interesse specifico che si vuole soddisfare con l'esercizio del diritto, poiché l'ordinamento giustamente riserva a sé la valutazione del concreto interesse cui tende l'esercizio del diritto: deve essere un interesse meritevole di tutela, secondo l'ordinamento”.

<sup>613</sup> Per una definizione legislativa del diritto di proprietà, Relazione alla prima riunione del Comitato per le relazioni giuridiche italo-tedesche (1938), ora in *Studi giuridici*, Milano, II, 1960, pag. 329 e ss., “sembra corrispondente allo stato attuale delle leggi, le quali hanno disciplinato in vario modo i poteri del proprietario, riconoscere che non vi è una sola proprietà, che vi sono piuttosto delle proprietà, in quanto l'interesse pubblico è che l'appropriazione dei beni comporti *statuti diversi* in armonia con gli scopi perseguiti, i quali variano assai”.

<sup>614</sup> S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, cit., pag. 145 e ss.; M.S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1973, pag. 466 e ss.; P. Rescigno, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., pag. 20 e ss.; M. Comporti, *Ideologia e norma nel diritto di proprietà*, cit., pag. 310 e ss.; L. Mengoni, *Proprietà e libertà*, cit., pag. 79 e ss.; P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, cit., pag. 23 e ss.; A. Gambaro, *La proprietà*, in A. Gambaro-U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, I, Milano, 2008, pag. 295 e ss.

<sup>615</sup> P. Grossi, *L'inaugurazione della proprietà moderna*, cit., pag. 30 e ss.

in relazione al valore che l'ordinamento attribuisce al rapporto sussistente fra quello e il suo titolare<sup>616</sup>.

La morfologia del diritto dominicale così come tratteggiata dalla nostra Costituzione, peraltro corroborata dalle altre disposizioni del c.c. tese a circoscrivere i poteri del titolare nell'uso della cosa, e la «diluizione» cui si è appena accennato hanno indotto la maggior parte della dottrina e la Corte costituzionale<sup>617</sup> ad escludere, da un lato, che la proprietà possa *tout court* annoverarsi fra i diritti inviolabili della persona riconosciuti dall'art. 2 Cost.<sup>618</sup>, sebbene la prima parte della norma dove è prevista una garanzia d'istituto<sup>619</sup> ne imponga comunque l'ascrizione fra quelli fondamentali<sup>620</sup>.

---

<sup>616</sup> Così S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, cit., *passim*, e P. Rescigno, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., pag. 20 e ss., e, più di recente, F. Amirante, *Il diritto di proprietà nella giurisprudenza costituzionale*, cit., pag. 4, secondo il quale “è la stessa Costituzione, [...], a stabilire, pur senza travolgere la fondamentale unitarietà della nozione di proprietà, una differenziazione degli statuti proprietari in dipendenza della natura del bene oggetto del relativo diritto”.

<sup>617</sup> Cfr. Corte cost., n. 55 del 9 maggio 1968, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); Corte cost., n. 22 del 11 febbraio 1971, *ivi*.

<sup>618</sup> In questo senso, benché in virtù di ragioni tra loro a volte diverse, cfr. fra gli altri M.S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, pag. 466 e ss.; F. Santoro-Passarelli, *Proprietà privata e Costituzione*, cit., pag. 953 e ss.; A.M. Sandulli, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, pag. 467 e ss.; P. Rescigno, *Per uno studio sulla proprietà privata*, cit., pag. 1 e ss.; M. Comporti, *Ideologia e norma nel diritto di proprietà*, cit., pag. 321 e ss.; L. Mengoni, *Proprietà e libertà*, cit., pag. 73 e ss.; A. Baldassarre, voce «Diritti inviolabili», cit., pag. 26 e ss.; S. Rodotà, *Il terribile diritto*, cit., *passim*, ad es. pag. 380 e ss.; C. Salvi, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale*, cit., pag. 409 e ss.; F.D. Busnelli, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza*, cit., pag. 292; G. Ramaccioni, *La proprietà provata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, cit. pag. 861 e ss. Sembra manifestare delle riserve A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, cit., pag. 56 e ss. *Contra* di recente F. Galgano, *Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo*, cit., pag. 891, e R. Rolli, *La proprietà come diritto dell'uomo?*, cit., pag. 1044 e ss.

<sup>619</sup> Per F.S. Passarelli, *Proprietà privata e Costituzione*, cit., pag. 958, esso si sostanzia nel fatto che “la legge è competente a regolare il contenuto del diritto di proprietà privata nel rispetto degli istituti. La legge non può sopprimere la proprietà privata, e una legge che la sopprima, formalmente o sostanzialmente, o anche in ordine a categorie di beni diversi da quelle contemplate, è contraria alla costituzione”.

<sup>620</sup> In questo senso L. Mengoni, *Proprietà e libertà*, cit., pag. 84 e ss., che basa la distinzione proprio sulla differenza di riserva di legge prevista a garanzia del diritto: nei confronti di quelli «inviolabili» sussiste “una riserva di possibili eccezioni (deroghe) che la legge ordinaria, concorrendo certe condizioni e in determinate forme, è autorizzata a disporre rispetto a un diritto il cui contenuto è specificato dalla stessa norma costituzionale”, mentre riguardo a quelli «fondamentali» si ha “una riserva di normazione conformativa del contenuto del diritto”. In altre parole nella prima categoria “la competenza normativa riservata al legislatore non può incidere sul loro contenuto, direttamente fissato dalla norma costituzionale, ma soltanto stabilire dei limiti operanti dall'esterno in vista di altri valori equiordinati o di esigenze di interesse generale che lo Stato ha l'obbligo di tutelare: tali valori o esigenze rimangono incorporati nel limite, non penetrano nel contenuto del diritto in questione”, nella seconda invece “i «limiti», la cui statuizione è dalla norma costituzionale riservata alla legge in vista di determinati scopi di rilevanza sociale, sono determinazioni del contenuto del diritto, attraverso le quali i valori che orientano la scelta di quegli scopi si incorporano nella struttura stessa del diritto”. Anche A. Baldassarre, voce «Diritti inviolabili», cit., pag. 26 e ss., proprio con riferimento al diritto di proprietà propone una

Dall'altro ha permesso, rappresentando l'art. 42, comma 2, una formula indifferenziata<sup>621</sup>, l'individuazione di particolari ipotesi in cui lo specifico conformarsi del rapporto fra bene e persona alla luce dello stesso dettato costituzionale impone che quella situazione venga ascritta fra le prerogative che trovano tutela nell'art. 2 Cost.<sup>622</sup>, come ad esempio accade col diritto all'abitazione<sup>623</sup>.

### 3.1.3. Le conseguenze in ordine al danno non patrimoniale

Stando così le cose il danno non patrimoniale causato dalla lesione del diritto di proprietà - sia questa occasionata da un illecito aquiliano ovvero costituisca l'esito della violazione di un rapporto obbligatorio - non sarà di regola risarcibile, salvo che a quel particolare rapporto fra bene e persona l'ordinamento riconosca eccezionalmente la valenza di diritto inviolabile ex art. 2 Cost. Si tratta di un principio differente rispetto a quello individuato dalla Corte EDU, in seno alla quale abbiamo visto che tra i

---

differenziazione tra diritti inviolabili «originari» e diritti inviolabili «derivati», ma sulla problematicità di questa terminologia cfr. lo stesso Mengoni, *ivi*, pag. 83, nota 37.

<sup>621</sup> *Ivi*, pag. 76.

<sup>622</sup> Classifica queste ipotesi come diritto di «proprietà personale» P. Maddalena, *I diritti umani e la proprietà privata: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e le norme della Costituzione della Repubblica Italiana*, relazione tenuta al convegno "Incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese", Lisbona, 8-9 ottobre 2009, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), pagg. 3 e s., per il quale "ce n'è abbastanza per concludere che la nostra Costituzione considera fondamentale solo questo «nucleo essenziale» della proprietà privata, e che di conseguenza costituisce un diritto inviolabile soltanto, [...], la «proprietà personale». Sembra in questo modo trovare risposta quella che F. Marinelli, *Funzione sociale della proprietà e natura della cose dall'«avere» all'«essere»*, in *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, cit., pag. 8, definiva occasione persa la mancata espressa distinzione fra "proprietà personale, fondata sul lavoro e sul risparmio, e quella dei mezzi di produzione [...]. La rima si ricollegava all'«essere» persona, al suo valore, ne costituiva un presupposto ed un arricchimento; la seconda appariva come primato dell'«avere», strumento della sfruttamento dell'uomo e dell'appropriazione del lavoro altrui". Anche U. Breccia, *I quarant'anni del libro terzo del codice civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, pag. 360, aveva affermato che "ci sono insomma aree, anche giuridiche, in cui può parlarsi di un «avere» in senso «esistenziale» (secondo la formula coniata dagli psicologi e dai sociologi), in contrapposizione ad un «avere» che, esorbitando dai bisogni della persona, si qualifica in termini «caratterologici» e in termini di potere. Spetta la giurista il delicato compito di togliere alle parole ogni «aura» indifferenziata, contro la ricorrente tendenza a sfruttare emotivamente l'immagine simbolo della proprietà". Per L. Mengoni, *Proprietà e libertà*, cit., pag. 79, "non solo è tramontata la concezione idealista della proprietà come fine in sé, in quanto forma oggettiva della libertà. Anche la considerazione della proprietà come mezzo di apprestamento della base economica necessaria per lo sviluppo della persona umana non ha più la centralità di una volta. Per larga parte della popolazione questa funzione della proprietà è sostituita nello Stato sociale dalla tutela giuridica del posto di lavoro, dagli istituti della sicurezza sociale e della tutela del diritto all'abitazione".

<sup>623</sup> Mettono in luce la particolarità della *species* diritto all'abitazione rispetto al *genus* diritto di proprietà U. Breccia, *Il diritto all'abitazione*, Milano, 1980, pag. 4 e ss., e G. Berti, *Il diritto dell'abitazione*, in *Jus*, 1986, pag. 71 e ss. Più di recente cfr. M.C. Paglietti, *Percorsi evolutivi del diritto all'abitazione*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, pag. 55 e ss.

pregiudizi risarcibili per la violazione dell'art. 1 - 1° Protocollo vi è come voce della *just satisfaction* anche il *non-pecuniary damage*<sup>624</sup>.

L'ipotesi è paradigmatica della possibilità che fra ordinamento interno e sistema CEDU sussistano differenze di tutela rispetto allo stesso diritto, ma costituisce altresì un'eventualità che la Corte costituzionale, dato il rango di fonte interposta da essa attribuito alla Convenzione, non sembra vedere con assoluto sfavore<sup>625</sup>. Peraltro in ordine al profilo risarcitorio merita di essere evidenziato che si tratta a ben guardare di una questione relativa all'intensità di tutela, perché negare rilevanza agli eventuali pregiudizi non economici causati dalla lesione di un diritto, quando sussiste - come proprio nel caso della proprietà o del diritto di credito che la Corte EDU riconduce sotto l'egida dell'art. 1 - 1° Protocollo - il diritto al ristoro del danno patrimoniale, non significa mancare di offrirvi protezione, ma solo limitarla alle conseguenze pecuniarie.

In altri termini la questione del rapporto fra risarcimento del danno non patrimoniale e CEDU pone un tema afferente non all'*an*, quanto piuttosto al *quomodo* di tutela, il quale, a meno del caso in cui sia tale da vanificare *de facto* il riconoscimento del diritto protetto<sup>626</sup>, sembra rientrare in quel «margine di

---

<sup>624</sup> Lo sottolinea anche M. Calogero, *I danni alla persona e la CEDU*, cit., pag. 353.

<sup>625</sup> Basti pensare che la stessa Consulta con la decisione 311/09, cit., n. 6, ha espressamente paventato che qualora norme CEDU nell'interpretazione datane dalla Corte europea si pongano in contrasto con altre norme della nostra Costituzione ciò comporterebbe "l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento". Ipotesi che si potrebbe realizzare anche quando, come ha precisato Corte cost., n. 317 del 30 novembre 2009, n. 7, il riconoscimento di un diritto previsto nella CEDU così come interpretato dalla Corte di Strasburgo "provocasse, una volta entrato in bilanciamento con gli altri diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione italiana, una diminuzione complessiva delle garanzie già apprestate dall'ordinamento interno" (E. Lamarque, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, cit., pag. 961). Questo il passaggio al proposito: "E' evidente che questa Corte non solo non può consentire che si determini, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., una tutela inferiore a quella già esistente in base al diritto interno, ma neppure può ammettere che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale. La conseguenza di questo ragionamento è che il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti. Nel concetto di massima espansione delle tutele deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. Questo bilanciamento trova nel legislatore il suo riferimento primario, ma spetta anche a questa Corte nella sua attività interpretativa delle norme costituzionali".

<sup>626</sup> Di questa opinione sembrano coloro i quali, come A. Riccio, *Verso l'atipicità del danno non patrimoniale: il mancato rispetto dei vincoli derivanti dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo solleva una nuova questione di costituzionalità dell'art. 2059 c.c.?*, cit., pag. 277 e ss., ritengono che l'art.



apprezzamento»<sup>627</sup> che la stessa Corte di Strasburgo, verificata la sussistenza di un «minimo standard» di protezione, riconosce ai singoli stati al fine di preservarne le rispettive tradizioni<sup>628</sup>. Basti pensare, tornando al diritto di proprietà, che la Consulta nelle decisioni relative alla c.d. occupazione acquisitiva si è posta il problema del ristoro dovuto avendo sì la preoccupazione che questo fosse effettivamente rispettoso del diritto del titolare, ma sempre nell'ambito delle ricadute di ordine patrimoniale<sup>629</sup> - *rectius* il più possibile conforme al valore venale del bene - e non ha reputato di includere tra i fattori rilevanti per la sua determinazione il pregiudizio di natura non economica che dall'esproprio potrebbe essere cagionato al proprietario<sup>630</sup>.

---

2059 c.c. dovrebbe essere dichiarato incostituzionale per violazione dell'art. 117 Cost., comma 1, nella parte in cui non riconosce il risarcimento del danno per la lesione del diritto di proprietà. Un tale esito però rappresenta il frutto della diversa opinione fra Consulta e Corte di Strasburgo e perciò solo ove la nostra Corte Costituzionale mutasse opinione sulla qualifica da attribuire al diritto dominicale si porrebbe allora effettivamente una questione di legittimità dell'art. 2059 c.c., ma allo stato dell'arte l'eventuale rimessione alla Corte della questione, stando alla giurisprudenza della stessa, avrebbe probabilmente come esito quello paventato da Corte cost., 311/09, cit., n. 6, ovvero "l'illegittimità della legge di adattamento" della CEDU nella parte in cui riconosce il carattere inviolabile del diritto di proprietà perché in contrasto con l'art. 42 della nostra Costituzione.

<sup>627</sup> In relazione al quale si vedano, fra gli altri, R. Sapienza, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1991, pag. 571 e ss.; F. Donati - P. Milazzo, *La dottrina del margine di apprezzamento nella Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. Falzea - A. Spadaro - L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, pag. 66 e ss.; P. Tanzarella, *Il margine di apprezzamento*, in *I diritti in azione*, cit., pag. 145 e ss.

<sup>628</sup> In questo senso è anche E. Bargelli, *Il danno non patrimoniale nel diritto privato europeo*, in *Il danno non patrimoniale*, cit., pagg. 226-227, per la quale "sembra plausibile ritenere che i legislatori rimangano sovrani nel graduare la rilevanza e la protezione risarcitoria degli interessi riconosciuti come fondamentali dalla Convenzione: ferma restando la necessità che non sia radicalmente negata tale tutela e che la relativa articolazione sia coerente con la natura dell'interesse protetto e con la funzione che il risarcimento è chiamato a svolgere". Ma già E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., pag. 283 e ss.

<sup>629</sup> *Ex multis* cfr. Corte cost., 349/07, cit., n. 8, "oggetto del *thema decidendum* posto dalla questione di costituzionalità è solo il profilo della compatibilità di tale ricaduta patrimoniale disciplinata dalla norma censurata con la disposizione convenzionale". D'altra parte la stessa Corte EDU, nel caso *Scordino v. Italia*, cit., quando si occupa della misura dell'indennità dovuta (nn. 78 e ss.) non fa alcun cenno alle ripercussioni non economiche causate dall'espropriazione e concede invece il risarcimento del *non-pecuniary damage* (n. 277) esclusivamente quale conseguenza della mancata attribuzione di una somma equivalente al valore venale del bene ("*The Court considers that the applicants must have suffered some non-pecuniary damage as a result of the unjustified interference with their right to the peaceful enjoyment of their possessions and the unfairness of the proceedings which cannot be sufficiently compensated by the findings of violations*").

<sup>630</sup> Il che nell'ipotesi in cui a venire in rilievo fosse la casa d'abitazione, visto il suo rango di diritto inviolabile, forse andrebbe preso in considerazione. Va segnalato però che il nuovo art. 42 *bis* del *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità* (DPR 327/2001), introdotto dall'art. 34 del D.L. 98/2011, convertito con L. 111/2011, prevede: al comma 1 che nel caso in cui l'autorità "utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può

Se poi si rammenta che la *just satisfaction* nello spirito della Convenzione rappresenta non la misura primaria per la tutela di un diritto in essa predicato, ma uno strumento residuale da applicare solo quando non sia stato possibile porre fine alla violazione con relativa *restitutio in integrum*<sup>631</sup> - regola questa dovuta probabilmente al fatto che soggetto convenuto per la lesione è uno degli Stati contraenti - la possibilità che in alcuni casi la lesione di un diritto della CEDU a seguito di un comportamento di un privato - come è generalmente nel caso della responsabilità civile - non dia seguito al risarcimento del danno non patrimoniale sembra assumere, proprio in virtù di questa differenza strutturale dei due livelli di tutela che impedisce di trasporre *de plano* quanto è dell'uno nell'altro, contorni meno problematici.

Tutto questo a ben guardare non significa però escludere che la CEDU possa avere una qualche rilevanza nella materia del danno non patrimoniale, ma solo evitare automatismi tra lesione di un diritto in essa enunciato e risarcimento di quel pregiudizio, unica soluzione peraltro coerente con quanto affermato in generale dalla Consulta sulla sistemazione della Convenzione nella gerarchia delle fonti del diritto<sup>632</sup>. In altre parole la CEDU nell'ambito dell'individuazione delle ipotesi in cui il danno non patrimoniale trova riconoscimento avrà un'influenza per così dire «indiretta», vale a dire di stimolo nei confronti della nostra Corte costituzionale a verificare che i diritti in essa previsti così come interpretati dai giudici di Strasburgo possano annoverarsi fra quelli inviolabili *ex art. 2 Cost.*, il che in caso di risposta affermativa - ipotesi già

---

disporre che esso sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene"; al comma 3 che per il periodo di occupazione senza titolo, "è computato a titolo risarcitorio, se dagli atti del procedimento non risulta la prova di una diversa entità del danno, l'interesse del cinque per cento annuo sul valore determinato ai sensi del presente comma", e al comma 5 che "se le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 4 sono applicate quando un terreno sia stato utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata o convenzionata, ovvero quando si tratta di terreno destinato a essere attribuito per finalità di interesse pubblico in uso speciale a soggetti privati, il provvedimento è di competenza dell'autorità che ha occupato il terreno e la liquidazione forfetaria dell'indennizzo per il pregiudizio non patrimoniale è pari al venti per cento del valore venale del bene". Si tratta di una specifica previsione legislativa afferente al caso dell'occupazione acquisitiva, che tuttavia può rappresentare un primo tentativo nel senso della differenziazione delle diverse fattispecie che possono darsi nel concreto.

<sup>631</sup> In questo senso cfr. M. Cartabia, *La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, cit., pag. 17, con riferimenti giurisprudenziali della stessa Corte di Strasburgo.

<sup>632</sup> Come ha messo in luce E. Lamarque, *Il danno non patrimoniale sotto la lente del costituzionalista*, cit., pag. 370.

verificatasi in passato<sup>633</sup> e destinata a ripetersi<sup>634</sup> - legittimerà i giudici comuni a disporre il risarcimento delle conseguenze anche non patrimoniali causati da quella lesione.

### **3.2. DANNO NON PATRIMONIALE E UNIONE EUROPEA**

Di tutt'altra portata sono invece nella materia che ci occupa le conseguenze dovute alla partecipazione dell'Italia a quella che oggi è divenuta l'Unione Europea. In questo caso infatti ciò che viene in considerazione non è la mera sottoscrizione di una convenzione in cui ci si obbliga a salvaguardare un catalogo di diritti e libertà fondamentali, bensì una vera e propria cessione di sovranità nei confronti di un altro soggetto giuridico, seppur limitatamente a certe materie. Tra queste - come noto - non compare la responsabilità civile, il che tuttavia non implica una totale incapacità degli atti dell'Unione di incidere in qualche maniera anche in tale settore e in particolare nella disciplina del danno non patrimoniale.

#### **3.2.1. L'impossibilità di rifarsi alla Carta di Nizza ...**

Una prima ipotesi da prendere in considerazione riguarda la possibilità che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea possa essere invocata quale normativa in

---

<sup>633</sup> Tanto che M. Calogero, *I danni alla persona e la CEDU*, cit., pag. 370, arriva ad affermare che, "in linea di principio, vi è una sostanziale corrispondenza tra diritti umani riconosciuti dalla CEDU e dalla Costituzione italiana, le differenze, semmai, attengono al grado di intensità con il quale i singoli diritti possono essere protetti dall'una e dall'altra". Per una breve rassegna di esempi in cui sono stati annoverati tra quelli protetti dall'art. 2 Cost. diritti riconosciuti dalla CEDU, primo fra tutti quello alla riservatezza (art. 8 CEDU), si veda G. Reynaud, *Il danno non patrimoniale dopo l'intervento della Cassazione a Sezione Unite: qualche certezza e molti dubbi*, in *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 378.

<sup>634</sup> Sulla necessità, anche per la nostra Consulta, di tener in debito conto delle pronunce delle Corti Costituzionali degli altri paesi europei e di quelle delle Corti Europee, si veda il discorso per i cinquant'anni della Corte costituzionale tenuto dal presidente emerito G. Zagrebelsky, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), secondo cui, peraltro, "la circolazione delle giurisprudenze non compromette l'identità della propria. La comunicazione di esperienze è sempre filtrata perché presuppone standard minimi di omogeneità e di giudizi di congruità su testi e contesti giurisprudenziali. Questi giudizi sono delle Corti nazionali. Non si determina alcuna diminuzione della loro funzione sovrana". D. Tega, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, cit., pag. 78, segnala che anche il *Bundesverfassungsgericht* con la decisione del 14 ottobre 2004 ha espresso la posizione secondo la quale "il testo della Convenzione e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo servono al livello del diritto costituzionale come sussidi interpretativi definire contenuto e ampiezza dei diritti fondamentali e dei principi dello stato di diritto del *Grundgesetz* nella misura in cui questo non porti a una limitazione o diminuzione - non voluta dalla stessa Convenzione (art. 53 Cedu) - della protezione offerta dal *Grundgesetz* ai diritti fondamentali".

cui sono elencati diritti inviolabili della persona la cui lesione, in base al nostro sistema di responsabilità civile, darebbe il via al risarcimento del danno anche non patrimoniale<sup>635</sup>.

Ora, senza alcuna pretesa di esaustività rispetto alla questione della c.d. tutela multilivello dei diritti fondamentali i cui i fattori di complessità sono molteplici<sup>636</sup>, nell'economia del nostro discorso si deve tuttavia evidenziare che l'art. 51, § 1, della stessa Carta precisa che le disposizioni in essa contenute "si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri, esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione". Tale puntualizzazione, letta alla luce anche del § 2 del medesimo articolo e dell'art. 6 del Trattato di Lisbona, in base ai quali l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali non modifica le competenze dell'Unione, sembra indurre a concludere che in tema di danno non patrimoniale, costituendo il settore della responsabilità civile una materia rimasta di competenza dei singoli stati, essa non potrà essere invocata quale parametro idoneo ad integrare, per esempio, l'ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'art. 2059 c.c.<sup>637</sup>. Tutt'al più essa potrà rappresentare

---

<sup>635</sup> Di recente il Tribunale di Bari, sentenza del 22 novembre 2011, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it), ha risarcito il danno non patrimoniale per uccisione dell'animale d'affezione qualificando la fattispecie come lesiva del diritto di proprietà da ritenersi inviolabile anche a seguito della sua inclusione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea la quale, secondo il tribunale, "si inserisce, nel disegno delle fonti del diritto su un piano di equiordinazione della Costituzione alla stessa stregua dei trattati".

<sup>636</sup> Offrono una panoramica delle problematiche riguardanti questo tema a seguito dell'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea L. Daniele, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Dir. un. eur.*, 2009, pag. 645 e ss.; N. Parisi, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, *ivi*, pag. 653 e ss.; A. Gianelli, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, *cit.*, pag. 678 e ss.; A. Bultrini, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e CEDU dopo Lisbona: una straordinaria occasione per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, *ivi*, pag. 700 e ss.; S. Amadeo, *Il protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela "asimmetrica" dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*, *ivi*, pag. 720 e ss.; P. L. Simone, *Gli accordi internazionali di salvaguardia dei diritti sociali e del lavoro e il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali alla Polonia e al Regno Unito*, *ivi*, pag. 742 e ss. Più di recente R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il ruolo del giudice*, Roma, 2011.

<sup>637</sup> Il fatto che non sia "previsto che la Carta trovi applicazione negli ordinamenti interni in relazione ad aspetti non regolati dal diritto dell'Unione Europea, né tantomeno in relazione a questioni per le quali l'Unione non dispone di competenze normative" è ben evidenziato da A. Adinolfi, *Il ruolo della Corte di Giustizia dopo il Trattato di Lisbona*, in [www.csm.it](http://www.csm.it), pag. 14, e G. Tesaurò, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010, 140 e ss., ma già a proposito della Carta di Nizza cfr. A. Pace, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea? Appunti preliminari*, in *Giur. cost.*, 2011, pag. 193 e ss., "sotto il profilo del diritto interno «residuale» (tale intendendosi quello tuttora estraneo al diritto dell'Unione ),

nell'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia un punto di vista che la nostra Consulta potrà tenere in considerazione<sup>638</sup> nell'imperituro compito di dettagliare sempre di più il contenuto della clausola aperta dell'art. 2 e solo nel caso di unità di vedute tra le due Corti allora la lesione di un diritto predicato nella Carta, essendo a quel punto a tutti gli effetti entrato a far parte della categoria di quelli inviolabili secondo il nostro ordinamento, porterà al risarcimento anche delle eventuali conseguenze non patrimoniali subite.

### **3.2.2. (segue) e il valore pseudo-comparatistico delle ipotesi previste nelle materie di competenza dell'UE**

La soluzione è di segno opposto quando invece si tratta di fattispecie che rientrano nelle materie di competenza esclusiva o concorrente dell'Unione<sup>639</sup> rispetto alle quali il nostro paese ha rinunciato alla propria sovranità. In questo caso, ove la disciplina comunitaria preveda che a seguito dell'illecito o dell'inadempimento debba essere risarcito anche il danno non patrimoniale, si realizzerà un caso in cui, giusto l'orientamento della Consulta inaugurato con la famosa sentenza 170/84<sup>640</sup>, la normativa interna dovrà essere disapplicata in favore di quella europea.

---

la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, avvenuta a Nizza il 7 dicembre 2000, non dovrebbe implicare nessuna conseguenza di rilievo".

<sup>638</sup> Le riconosce la qualifica di "ausilio interpretativo" da ultimo Corte cost., n. 251 del 25 giugno, 2008, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), n. 12, ma già Corte cost., n. 349/07, cit., n. 6.1. In relazione alla necessità di un dialogo fra CGUE e le corti costituzionali dei singoli paesi aderenti all'UE cfr. *ex multis* A. Celotto, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana: verso il trattato costituzionale europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, pag. 33 e ss.; M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in *I diritti in azione*, cit., pag. 57 e ss., e S. Cassese, *Ordine giuridico europeo e ordine giuridico nazionale*, Relazione tenuta in occasione dell'incontro di studio fra Corte costituzionale italiana e Tribunale costituzionale tedesco del 20 novembre 2009, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), pag. 4 e ss.

<sup>639</sup> Per un primo approccio alle problematiche relative a principio di attribuzione delle competenze, clausola di flessibilità e teoria dei poteri impliciti si vedano G. Tesaurò, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., pag. 99 e ss., U. Draetta, *Le competenze dell'Unione Europea nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. com. sc. int.*, 2008, pag. 245 e ss., e V.M. Sbrescia, *Le competenze dell'Unione Europea nel Trattato di Lisbona*, Napoli, 2008.

<sup>640</sup> Corte cost., n. 170 del 5 giugno 1984, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it), secondo la quale "il giudice italiano accerta che la normativa scaturente da tale fonte regola il caso sottoposto al suo esame, e ne applica di conseguenza il disposto, con esclusivo riferimento al sistema dell'ente sovranazionale: cioè al solo sistema che governa l'atto da applicare e di esso determina la capacità produttiva. Le confliggenti statuizioni della legge interna non possono costituire ostacolo al riconoscimento della "forza e valore", che il Trattato conferisce al regolamento comunitario, nel configurarlo come atto produttivo di regole immediatamente applicabili" (n. 5). Per la ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale che ha portato a questa soluzione cfr. G. Tesaurò, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., pag. 201 e ss.

Si tratta di una possibilità paventata anche dalle Sezioni Unite della Cassazione nel momento in cui hanno puntualizzato che “il superamento dei limiti alla tutela risarcitoria dei danni non patrimoniali, che permangono, nei termini suesposti, anche dopo la rilettura conforme a Costituzione dell'art. 2059 c.c., può derivare da una norma comunitaria che preveda il risarcimento del danno non patrimoniale senza porre limiti, in ragione della prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno”<sup>641</sup>.

Un esempio si può rinvenire con riferimento al Reg. n. 261 dell'11 febbraio 2004 che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza dei passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato<sup>642</sup>. La materia è quella dei trasporti, perciò di competenza concorrente ex art. 4, § 2, lett. g) TFUE, ragion per cui quando l'UE legiferi lo stato membro perde la possibilità di farlo esso stesso<sup>643</sup>. Ebbene la Corte di Giustizia, Sezione III, nella recente decisione n. 83 del 10 ottobre 2011<sup>644</sup> ha statuito che il risarcimento del danno supplementare previsto dall'art. 12 del Reg. 261/04 “può essere un danno di natura non solo materiale, ma anche morale”. Posto che si trattava di un ricorso in via pregiudiziale (art. 267 TFUE) finalizzato ad ottenere chiarimenti sull'interpretazione della norma, la risposta fornita dalla Corte di Lussemburgo vale anche quale criterio per la nostra giurisprudenza<sup>645</sup>, la quale ove si trovasse a decidere una controversia in cui viene in considerazione l'art. 12 del Reg. 261/04 non potrà che, in deroga alla disciplina generale degli artt. 1218 e ss., disporre il risarcimento anche del danno non patrimoniale eventualmente subito dal passeggero.

Senonché la possibilità che attraverso il diritto comunitario si diano una serie di casi in cui è garantito il risarcimento del danno non patrimoniale non è in grado di condizionare il sistema del nostro c.c.<sup>646</sup>. Come un'autrice ha messo in evidenza infatti

---

<sup>641</sup> Cass., Sez. Un., 26972/08, cit., n. 3.7.

<sup>642</sup> Disponibile in [www.eur-ex.europa.eu](http://www.eur-ex.europa.eu).

<sup>643</sup> U. Draetta, *Le competenze dell'Unione Europea nel Trattato di Lisbona*, cit., pag. 251.

<sup>644</sup> La si veda in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>645</sup> Diversamente, come evidenzia G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., pag. 312, la *ratio* stessa del rinvio pregiudiziale - “realizzare un'interpretazione e quindi una *applicazione* del diritto dell'Unione *uniforme* in tutti i Paesi membri, in modo che esso abbia dovunque la stessa efficacia” (corsivi nel testo) - finirebbe per essere tradita.

<sup>646</sup> Lo sottolinea anche M. Infantino, *Verso un diritto europeo della responsabilità civile? I progetti, i metodi, le prospettive*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, pag. 281 e s.

“nel diritto dell’Unione Europea non è finora venuto in gioco in via diretta il problema dell’uniformazione della disciplina dei danni non patrimoniali”<sup>647</sup>, pertanto le più o meno numerose ipotesi simili a quella appena vista semmai, nella logica dualistica fatta propria dalla nostra Corte costituzionale<sup>648</sup>, potranno rappresentare uno stimolo di natura pseudo-comparatistica anche per il nostro ordinamento nell’individuazione di quei “principi generali comuni agli Stati membri” che l’art. 340, § 2, TUE, sembra presupporre nella materia della responsabilità civile.

### **3.3. VERSO UNA DISCIPLINA EUROPEA DEL DANNO NON PATRIMONIALE: COMPETIZIONE O ARMONIZZAZIONE?**

È stato detto che, sussistano o meno questi principi comuni, “il Trattato *comunque* sollecita a un lavoro di comparazione e a preparare le condizioni per una comunicazione giuridica, quantomeno nella materia della responsabilità extracontrattuale, necessaria per il riconoscimento o la creazione, *tout court*, di principi comuni. E ciò non può non valere pure per il danno non patrimoniale, sebbene esso costituisca già di per sé un capitolo problematico della responsabilità civile”<sup>649</sup>.

Tuttavia anche in quest’opera di edificazione giuridica si ripete l’alternativa fra l’approccio che propone di astenersi dalla fissazione di comuni obiettivi, ritenendo che la soluzione migliore emergerà dalla semplice competizione fra quelle già in vigore nei

---

<sup>647</sup> E. Bargelli, *Il danno non patrimoniale nel diritto privato europeo*, cit., pag. 227.

<sup>648</sup> Corte cost., 170/84, cit., n. 5, secondo la quale nonostante il dovere per il giudice di disapplicare la normativa interna quando contrasta con un atto della UE direttamente applicabile, come i regolamenti, “l’effetto connesso con la sua vigenza è [...] quello, non già di caducare, nell’accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale. In ogni caso, il fenomeno in parola va distinto dall’abrogazione, o da alcun altro effetto estintivo o derogatorio, che investe le norme all’interno dello stesso ordinamento statale, e ad opera delle sue fonti. Del resto, la norma interna contraria al diritto comunitario non risulta - è stato detto nella sentenza n. 232/75, e va anche qui ribadito - nemmeno affetta da alcuna nullità, che possa essere accertata e dichiarata dal giudice ordinario. Il regolamento, occorre ricordare, è reso efficace in quanto e perché atto comunitario, e non può abrogare, modificare o derogare le confliggenti norme nazionali, né invalidarne le statuizioni. Diversamente accadrebbe, se l’ordinamento della Comunità e quello dello Stato - ed i rispettivi processi di produzione normativa - fossero composti ad unità. Ad avviso della Corte, tuttavia, essi, per quanto coordinati, sono distinti e reciprocamente autonomi. Proprio in ragione, dunque, della distinzione fra i due ordinamenti, la prevalenza del regolamento adottato dalla CEE va intesa come si è con la presente pronuncia ritenuto: nel senso, vale a dire, che la legge interna non interferisce nella sfera occupata da tale atto, la quale è interamente attratta sotto il diritto comunitario”.

<sup>649</sup> A. Nicolussi, *Danno non patrimoniale in Europa*, cit., pag. 51, corsivi nostri.

rispettivi ordinamenti<sup>650</sup>, e l'idea invece che la normativa da adottare debba essere individuata imitando quelle soluzioni che si reputa garantiscano la massima armonia con la prospettiva assiologica scelta *ab origine*<sup>651</sup>.

Nella materia della responsabilità civile se si ragiona nell'ottica del danneggiato non si fatica a comprendere che questi tendenzialmente auspica una tutela che sia il più ampia possibile e quindi vede con favore la prima opzione. Alla medesima logica sembrano in alcuni casi ispirarsi anche la Corte di Strasburgo<sup>652</sup> e, seppur in minor misura, le istituzioni europee<sup>653</sup>. Un tale atteggiamento sembra però dimentico del fatto che la CEDU sin dalla sua ideazione<sup>654</sup> e l'Unione Europea da qualche tempo<sup>655</sup> hanno un forte connotato valoriale e quindi il criterio, soprattutto in una materia come quella che ci ha occupato dove a venire in considerazione è la persona, sarebbe auspicabile fosse, pur nel difficile compito di non cedere a quella che è stata chiamata

---

<sup>650</sup> A favore di una soluzione di tal guisa si presenta A. Zoppini, *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, in *Id.* (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004, pag. 5 e ss., secondo il quale la concorrenza fra ordinamenti dovrebbe realizzarsi lasciando "la possibilità che il cittadino comunitario scelga di assoggettare taluni rapporti giuridici alle regole dell'ordinamento che ritiene a sé più favorevoli" (pag. 13).

<sup>651</sup> A. Nicolussi, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, pag. 83 e ss., auspica "un progressivo ravvicinamento all'insegna dell'armonizzazione: parola che rende bene l'idea dello scopo, non di omologare, ma di eliminare inutili divergenze e distonie fra gli ordinamenti e concertare obiettivi comuni il cui esito sia un armonico disegno complessivo nel quale le pur residue pluralità risultino compatibili" (pag. 106).

<sup>652</sup> Come abbiamo visto nel caso del diritto di proprietà, *ut supra* § 3.1.2.2.

<sup>653</sup> Per S. Patti, *Metodi e tendenze del diritto civile in Europa*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, pag. 651, ad esempio, "nelle direttive domina un approccio funzionale, non quello sistematico dei codici: da ciò consegue una disgregazione degli ordinamenti nazionali, anche per il carattere «impressionistico» della produzione delle direttive. Ogni direttiva mira ad un fine concreto [...]. Per certi versi non importa il metodo, e quindi neanche il singolo strumento". Tuttavia, come mostra A. Nicolussi, *Europa e cosiddetta competizione fra ordinamenti*, cit., pag. 105 e ss., va registrata una certa tendenza ad una "lettura consequenzialista della giurisprudenza europea strumentale all'idea della competizione fra ordinamenti giuridici".

<sup>654</sup> Come sottolinea, fra gli altri, F. Bilancia, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà*, cit., pag. 40, "a ridosso degli orrori della seconda guerra mondiale la speranza di archiviazione dei rischi di possibili ricadute di civiltà aveva spinto gli stati-membri del Consiglio d'Europa a predisporre un efficace strumento di garanzie dei diritti dell'uomo almeno su base regionale viste le difficoltà che si incontravano sul piano generale".

<sup>655</sup> M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, cit., pag. 13 e ss., mette in luce il passaggio, e le relative problematiche, da una sistema in cui l'obiettivo dei trattati fondativi della CEE, CECA ed Euratom era "circoscritto alla realizzazione di un'integrazione esclusivamente economica" (pag. 15) ad una Europa con il compito di "rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici" (Preambolo della Carta di Nizza).



«ideologia dell'indifferenziato»<sup>656</sup>, il secondo, giacché solo in questi termini l'Europa  
“conserva quella dimensione di dualità virtuosa in grado di costituire un elemento  
dinamico positivo del singoli Paesi”<sup>657</sup>.

---

<sup>656</sup> L. Mengoni, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, pag. 3.

<sup>657</sup> A. Nicolussi, *Europa e cosiddetta competizione fra ordinamenti*, cit., pag. 99.

## BIBLOGRAFIA

### A

- A. Adinolfi, *Il ruolo della Corte di Giustizia dopo il Trattato di Lisbona*, in [www.csm.it](http://www.csm.it)
- A. Albanese, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008
- D.K. Allen-J.T. Hartshorne-R.M. Martin, *Damages in tort*, London, 2002
- T. Allen, *The Human Rights Act (UK) and Property Law*, in J. McLean (edited by), *Property and the Constitution*, Oxford, 1999
- T. Allen, *Property and The Human Rights Act 1998*, Oxford, 2005
- S. Amadeo, *Il protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela "asimmetrica" dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*, in *Dir. un. eur.*, 2009
- C. Amato, *Il danno non patrimoniale da contratto*, in G. Ponzanelli (a cura di), *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, Padova, 2004
- C. Amato, *Nozione unitaria di danno non patrimoniale e autonomia negoziale*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009
- F. Amirante, *Il diritto di proprietà nella giurisprudenza costituzionale*, relazione tenuta al convegno "Incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese", Lisbona, 8-9 ottobre 2009, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)
- F. Angeloni, *Liberalità e solidarietà. Contributo allo studio del volontarismo*, Padova, 1994
- F. Antolisei, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930
- P.S. Atiyah, *The damages lottery*, Oxford, 1997
- F. Azzari, *La proprietà e la tutela aquiliana dei diritti inviolabili*, in NGCC, 2011
- G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007

### B

- J.H. Baker, *Introduction to English Legal History*, London, 2002
- S. Balbusso, *Il danno non patrimoniale da perdita dei congiunti*, In NGCC, 2010
- A. Baldassarre, voce «Diritti inviolabili», in *Enc. Giur. Treccani*, 1989
- A. Baldassarre, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)
- S. Banakas, *European Tort Law in the new millennium: reflections on Dover beach*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, Milano, 2008
- C. V. Bar, *The Common European Law of Torts*, I, Oxford, 1998
- C. V. Bar - U. Drobnig, *Study on Property Law and Non-contractual Liability Law as they relate to Contract Law*, disponibile su [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)
- L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948

- A. Barbera, *Commento all'art. 2 della Costituzione*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna - Roma, 1975
- A. Barbera, "Nuovi diritti": *attenzione ai confini*, in L. Califano (a cura di). *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004
- A. Barbera, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in AA. VV., *Scritti in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, 2005
- A. Barbera, *La laicità come metodo*, in AA.VV., *Il cortile dei gentili. Credenti e non credenti di fronte al mondo d'oggi*, Roma, 2011
- M. Barcellona, *Sul senso delle clausole generali: il diritto tra giudice e legge*, in *Dem. e dir.*, 2009
- M. Barcellona, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008
- E. Bargelli, *Danno non patrimoniale ed interpretazione orientata dell'art. 2059 c.c.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003
- E. Bargelli, *Il danno non patrimoniale nel diritto privato europeo*, in E. Navarretta (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010
- P. Barile, *Rilievi sull'adattamento automatico del diritto interno al diritto internazionale convenzionale*, in *Studi parmensi*, 1977
- P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984
- E. Battelli, *La riduzione della clausola penale ex officio*, in *I Contratti*, 2007
- C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, in L. Firpo (diretta da), *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, Milano, 1984
- L.C. Becker, *Property Rights: Philosophic Foundations*, London, 1977
- C. Belfiore, *Sulla competenza ad accertare il contrasto fra la norma statale e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. mer.*, 2002
- L. Bellini, *L'oggetto della prevedibilità del danno ai fini dell'art. 1225 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1954
- A.M. Benedetti, *Chi non adempie, o adempie male, deve risarcire «anche le lacrime»? Annotazione sul danno morale da contratto*, in *Giur. it.*, 2009
- G. Berti, *Il diritto dell'abitazione*, in *Jus*, 1986
- G. Berti, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 2001
- M. Bessone-E. Roppo, *Lesione dell'integrità fisica e "diritto alla salute". Una giurisprudenza innovativa in tema di valutazione del danno alla persona*, in *Giur. it.*, 1975
- E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953
- A. Bevere, *Persona offesa e parte civile*, Roma, 1996
- C.M. Bianca, *Diritto civile*, IV, Milano, 1999
- A. Bianchi, *Ripartire dalla vita buona*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009
- A. Bianchi, *Il valore dell'uomo*, in *Danno e resp.*, 2010
- F.S. Bianchi, *Corso di diritto civile italiano*, IX, Torino, 1895
- R. Bianchi, *Il danno non patrimoniale da lesione dei diritti della personalità degli enti collettivi*, in E. Navarretta (a cura di) *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2011
- F. Bilancia, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, 2002
- F. Bilotta, *La convivenza tra persone dello stesso sesso è un ancora un tabù?*, in *Resp. civ. prev.*, 2010
- B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972
- G. Biscottini (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'applicazione giurisprudenziale in Italia*, Milano, 1981
- A. Bitetto, *Riduzione «ex officio» della penale: equità a tutti i costi?*, *Foro it.*, 2006
- N. Bobbio, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969
- N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990
- M. Bona, *Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte costituzionale apre (verso il "nuovo"art. 2059 c.c.)*, in *Danno e resp.*, 2003
- M. Bona, *La saga del danno esistenziale verso l'ultimo ciak*, in *Danno e resp.*, 2008
- S. Bonatti, *La protezione della proprietà nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1999
- G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983
- G. Bonilini, voce «Danno morale», in *D. disc. priv., sez. civ.*, V, Torino, 1989

L. Borsari, *Commentario del codice civile italiano*, II, Napoli - Roma, 1872  
 U. Brasiello, voce «Obbligazione (Diritto romano)», in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1965  
 U. Breccia, *Il diritto all'abitazione*, Milano, 1980  
 U. Breccia, *I quarant'anni del libro terzo del codice civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983  
 U. Breccia, *Le obbligazioni*, Milano, 1992  
 U. Breccia, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Lav. e dir.*, 2007  
 F. Bricola, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967  
 F. Bricola, voce «Teoria generale del reato», in *Nss. dig. it.* (estratto), 1973  
 F. Bricola, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *La quest. crim.*, 1981  
 B. Brugi, *Danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1928  
 A. Bultrini, *Le sentenze 348 e 349/2007 della Corte costituzionale: l'inizio di una svolta?*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2008  
 A. Bultrini, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e CEDU dopo Lisbona: una straordinaria occasione per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in *Dir. un. eur.*, 2009  
 S. Buckle, *Natural Law and the Theory of Property: Grotius to Hume*, Oxford, 2002  
 A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, Oxford, 2004  
 A. Burrows, *English Private Law*, Oxford, 2007  
 F.D. Busnelli, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, in F.D. Busnelli e U. Breccia (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, 1978  
 F.D. Busnelli, *Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991  
 F.D. Busnelli, *Frontiere europee della responsabilità civile*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998  
 F.D. Busnelli, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2003  
 F.D. Busnelli, ... e venne l'estate di San Martino, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009  
 F.D. Busnelli, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009  
 F.D. Busnelli, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2009

## C

P. Calamandrei, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931  
 M. Calogero, *I danni alla persona e la CEDU*, in M. Fortino, *I danni ingiusti alla persona*, Padova, 2010  
 C.A. Cannata, *Le obbligazioni in generale*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato - Obbligazioni e Contratti*, I, Torino, 2002  
 D. Capper, *Damages for Distress and Disappointment - Problem Solved?*, [2002] LQR, 193  
 I. Carlotto, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in *Pol. dir.*, 2010  
 F. Carnelutti, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915  
 F. Carnelutti, *Il danno e il reato*, Padova, 1926  
 F. Carnelutti, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931  
 E. Carnevale, *L'unità nella lotta contro il delitto nel Progetto di Codice penale italiano*, in *Diritto criminale*, 1932  
 P. Caretti, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, Torino, 2011  
 K. Carr, *Il "danno esistenziale" e il Common Law*, in G. Ponzanelli (a cura di), *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, Padova, 2007  
 M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995  
 M. Cartabia, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in [www.dgs.unife.it](http://www.dgs.unife.it)  
 M. Cartabia, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007  
 M. Cartabia, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei nuovi diritti*, in *Quad. cost.*, 2009  
 M. Cartabia, *The age of new rights*, in [www.nyustraus.com](http://www.nyustraus.com)  
 G. Cassano, *In tema di danno esistenziale: brevi puntualizzazioni*, in *Giur. mer.*, 2001

- S. Cassese, *Ordine giuridico europeo e ordine giuridico nazionale*, Relazione tenuta in occasione dell'incontro di studio fra Corte costituzionale italiana e Tribunale costituzionale tedesco del 20 novembre 2009, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)
- C. Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976
- C. Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979
- C. Castronovo, *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1985
- C. Castronovo, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986
- C. Castronovo, voce «Obblighi di protezione», in *Enc. giur. Treccani*, 1990
- C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Mengoni*, I, Milano, 1995
- C. Castronovo, *Danno biologico - Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998
- C. Castronovo, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998
- C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006
- C. Castronovo, *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006
- C. Castronovo, *Danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006
- C. Castronovo, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008
- C. Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008
- C. Castronovo, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *AA.VV., Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009
- C. Castronovo, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009
- C. Castronovo, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009
- C. Castronovo, *Il giovane Arturo Dalmartello e il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Jus*, 2009
- C. Castronovo, *Vaga culpa in contraendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010
- A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, Milano, 1982
- A. Cavanna, *Influenze francesi e continuità di aperture europee nella cultura giuridica dell'Italia dell'ottocento* (2000), oggi in *Scritti*, Napoli, 2007
- G. Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1815-194)*, Milano, 1991
- A. Celotto, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana: verso il trattato costituzionale europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2003
- P. Cendon, *Non di sola salute vive l'uomo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998
- P. Cendon-P. Ziviz (a cura di), *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000
- P. Cendon, *Voci del verbo fare*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003
- P. Cendon, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass. 8828/2003*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003
- P. Cendon-P. Ziviz, *Vincitori e vinti (... dopo la sentenza n. 233/2003 della corte costituzionale)*, in *Dir. e form.*, 2003
- P. Cendon, *L'urlo e la furia*, in *NGCC*, 2009
- P. Cendon, *Il corpo, l'esistenza, il dolore*, in *Resp. civ. prev.*, 2010
- P. Cendon, *L'araba fenice. Più vivo che mai il danno esistenziale presso i giudici italiani*, in *NGCC*, 2010
- P. Cerami, *La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio*, in L. Vacca (a cura di), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico comparatistica*, Torino, 1995
- M. Chiavario, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969
- D. Chindemi, *Il danno esistenziale "esiste"*, in *Resp. civ. e prev.*, 2005
- G.P. Chironi, *La colpa nel diritto civile moderno - La colpa contrattuale*, Torino, 1897
- G.P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno: colpa-extracontrattuale*, Torino, 1906
- G. Christandl, *La risarcibilità del danno esistenziale*, Milano, 2007
- G. Cian, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione (Valore normativo dell'art. 1174 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968

G. Cian, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002

G. Cian, *La riforma del BGB in materia di danno immateriale e di imputabilità dell'atto illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2003

C. Civoli, *Trattato di diritto penale*, Milano, 1912

G. Colacino, *Inadempimento, danno non patrimoniale e regole di responsabilità*, in *Contr. impr.*, 2009

G. Comandè, *Le non-pecuniary losses in Common Law*, in *Riv. dir. civ.*, 1993

M. Comporti, *Ideologia e norma nel diritto di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1984

M.P. Concetti, *Danneggiamento, in I reati contro il patrimonio*, Torino, 2010

L. Condorelli, *La proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1970

B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 2010

C. Consolo, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009

G. Conte, *Considerazioni critiche sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, in *I contratti*, 2010

R. Conti, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, in *Corr. giur.*, 2008

R. Conti, *Corte costituzionale e CEDU: qualcosa di nuovo all'orizzonte?*, in *Corr. giur.*, 2010

R. Conti, *Occupazione acquisitiva: rilettura dei rapporti fra ordinamento interno e CEDU dopo il Trattato di Lisbona*, in *Urb. app.*, 2010

R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il ruolo del giudice*, Roma, 2011

S. Coppari, *«Famiglia di fatto» e diritto al risarcimento del danno per morte del convivente*, in *Resp. civ. prev.*, 1995

L. Corsaro, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Milano, 2003

W. Cortese, *La responsabilità per danno all'immagine della pubblica amministrazione*, Padova, 2004

M. Costanza, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987

L. Coviello, *Gli errori della giurisprudenza e i suoi trionfi*, in *Giur. It.*, IV, 1918

L. Coviello, *L'art. 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, in *Ann. dir. e proc. pen.*, 1932

G. Cricenti, *Una diversa lettura dell'art. 2059 c.c.*, in *Danno e resp.*, 2003

V. Crisafulli, *Diritti di libertà e poteri dell'imprenditore*, in *Riv. giur. lav.*, 1954

M.F. Cursi, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli, 2010

A.R. Çorban, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, Aldershot, 2004

## D

A. D'Adda, *Danno da inadempimento contrattuale e «diritto privato europeo»: le scelte dei principi aquis*, in *Riv. dir. civ.*, 2009

A. D'Adda, *Le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale*, in S. Patti (diretto da) - S. Delle Monache (a cura di), *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010

A. D'Atena, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione europea*, in *Rass. parl.*, 2002

G. D'Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana. Asilo - condizione giuridica - estradizione*, Padova, 1992

A. Dalmartello, *Danni morali contrattuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1933

L. Daniele, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Dir. un. eur.*, 2009

F. Dassano, *Il danno reato, profili sostanziali e processuali*, Torino, 1992

S. Deakin-A. Johnston-B. Markesinis, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, Oxford, 2008

O. De Bertolis, *L'ellisse giuridica. Un percorso nella filosofia del diritto tra classico e moderno*, Padova, 2010

A. De Cupis, *I diritti della personalità*, Milano, 1961

A. De Cupis, *Pretesa incostituzionalità della limitazione del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Giur. mer.*, I, 1974

A. De Cupis, *Il danno (1949)*, ora in *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979

- F. De Filippis, *Corso completo di diritto civile comparato*, II, Milano, s.d.
- C.M. De Lulii, *Leibniz e la scienza giuridica dogmatica*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010
- D. De Martini, *I fatti produttivi di danno risarcibile*, Padova, 1983
- L. De Matteis, *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il giudicato penale: osservazioni intorno al caso "Dorigo"*, in *Cass. pen.*, 2007
- U. De Siervo, *Recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)
- Q. De Vincentiis, *Della patrimonialità della prestazione nelle obbligazioni contrattuali*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, Napoli, 1906
- F. Degni, *I limiti del diritto di proprietà*, in *Il Filangieri*, 1901
- F. Degni, *Riflessi civilistici del nuovo codice penale*, in *Riv. dir. comm.*, 1932
- R. Del Punta, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Dir. lav. e rel. ind.*, 2006
- S. Delle Monache, *Interesse non patrimoniale e danno da inadempimento*, in *I contratti*, 2010
- D.R. Denman, *The place of property. A New Recognition of the Function and Form of Property Rights in Land*, London, 1978
- F. Di Ciommo, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.*, 1999
- A. Di Majo, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984
- A. Di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984
- A. Di Majo, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985
- A. Di Majo, voce «Causa del negozio giuridico», in *Enc. giur. Treccani*, 1988
- A. Di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999
- A. Di Majo, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2002
- A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003
- Di Majo, *La riduzione della penale ex officio*, in *Corr. giur.*, 2005,
- A. Di Majo, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?*, in *Corr. giur.*, 2009
- M. Di Marzio, *A momentary lapse of reason*, in *AA.VV.*, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009
- M. Dogliotti, *Danno non patrimoniale e diritto alla salute*, in *Rass. dir. civ.*, 1981
- E. Dolcini, *Codice penale*, in G. Marinucci-E. Dolcini (a cura di), *Studi di diritto penale*, Milano, 1991
- A. Donati, *I diritti inviolabili della persona umana nel quadro dell'art. 2 Cost.*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli, 2008
- A. Donati, *Riparabilità del danno non patrimoniale ed aequitas cerebrina, a proposito delle Sezioni Unite n. 26972/2008*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009
- F. Donati - P. Milazzo, *La dottrina del margine di apprezzamento nella Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. Falzea - A. Spadaro - L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003
- U. Draetta, *Le competenze dell'Unione Europea nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. com. sc. int.*, 2008
- V. Durante, *La salute come diritto della persona*, in S. Rodotà - P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto*, I, Milano, 2010

## E

- T. Endicott-J. Getzler-E. Peel, *Properties of Law. Essay in Honour of Jim Harris*, Oxford, 2006
- K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970

## F

- E. Fabiani, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003
- S. Faillace, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004
- G. Falcone, "Obligatio est iuris vinculum", Torino, 2003
- A. Falzea, *I principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991
- A. Falzea, *Diritti fondamentali e costituzione*, in *Id.*, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1999
- P. Fava, "L'ingiustizia costituzionalmente qualificata a tipicità elastica" e l'opzione "qualitativa" della "gravità del danno" e la "serietà della lesione", in *Rass. avv. dello Stato*, 2009

C. Favilli, *Il danno non patrimoniale da lesione e da uccisione del congiunto*, in E. Navarretta (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010

G.B. Ferri, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1984

G.B. Ferri, *Il risarcimento del danno biologico nel sistema della responsabilità civile*, in *Giur. cost.*, 1986

G.B. Ferri, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1987

G.B. Ferri, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. del 1865 al cod. civ. del 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1986

G.B. Ferri, *Le temps retrouvé dell'art. 2059 c.c.*, in *Giur. cost.*, 2003

G. Fiandaca, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982

F. Filomusi - Guelfi, *Obbligazioni (Parte generale)*, Roma, 1904

M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 1995

G.M. Flick, *Ombre ed immagini dei diritti fondamentali*, pag. 6, disponibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

A. Fici-G. Resta, *La tutela dei dati degli enti collettivi*, in R. Pardolesi (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, II, Milano, 2003

D. Fondaroli, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999

M. Fortino, *I danni ingiusti alla persona*, Padova, 2010

M. Forziati, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il contatto sociale conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999

M.M. Francisetti Brolin, *Il danno non patrimoniale contrattuale: il modello tedesco e quello italiano*, in *Contr. e impr. Europa*, 2010

M. Franzoni, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario Scialoja - Branca*, IV, *Delle obbligazioni - Artt. 2043-2059*

M. Franzoni, *La sentenza della Corte Costituzionale sul danno alla salute dei sopravvissuti*, in *Dir. ed ec. ass.*, 1995

## G

C.F. Gabba, *Nota a Corte di cassazione di Palermo - 23 febbraio 1895*, in *Foro It.*, 1896

C.F. Gabba, *Questioni di diritto civile*, II, Torino, 1911

F. Galgano, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 2008

F. Galgano, *Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo*, in *Contr. e impr.*, 2009

F. Galgano, *Le obbligazioni in generale*, Padova, 2011

A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995

A. Gambaro, *La proprietà*, in A. Gambaro-U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, I, Milano, 2008

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

F. Gazzoni, *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it)

M.E. Gennusa, *La Cedu e l'Unione Europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Università e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007

G. Gentile, *Il danno non patrimoniale nel nuovo codice delle obbligazioni*, in *Il nuovo dir.*, 1942

A. Gianelli, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009

A. Gianelli, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 2009

E. Gianfrancesco, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte Costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo*, in M. Pedrazza Gorlero (a cura di), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Napoli, 2011

G. Giannini, *Danno alla persona anno zero: qualche domanda alla Corte Costituzionale*, in *Resp. civ. prev.*, I, 1995

M.S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1973

P. Giliker, *A 'new' head of damages: damages for mental distress in the English law of torts*, in *Legal Studies*, 2000

G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, V, Firenze, 1882

M. Giorgianni, voce «Causa», in *Enc. dir.*, 1960

M. Giorgianni, voce «Obbligazione (diritto privato)», in *Nov. Dig. It.*, 1965

M. Giorgianni, *La «parte generale» delle obbligazioni a 50 anni dall'entrata in vigore del codice civile*, in *Contr. e impr.*, 1993

A. Gnani, *Sistema della responsabilità civile e prevedibilità del danno*, Torino, 2008



M. Gorgoni, *Le conseguenze di un intervento chirurgico rivelatosi inutile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007  
M. Gorgoni, *Ancora dubbi sul danno risarcibile a seguito di violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010  
G. Gorla, *Il contratto*, I, Milano, 1955  
C. Grassetti, *In tema di risarcibilità di danno non patrimoniale*, in G. Pacchioni, *Corso di diritto civile - Delle leggi in generale*, Torino, 1933  
T.C. Grey, *The disintegration of Property*, in J.R. Pennock-J.W. Chapman, *Nomos XXII: Property*, New York, 1980  
T. Grimaldi, *L'azione civile nel processo penale*, Napoli, 1965  
G. Grisi, *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia "creativa" delle Sezioni Unite*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009  
P. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972  
P. Grossi, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quad. Fior.*, 1977  
P. Grossi, *L'inaugurazione della proprietà moderna*, Napoli, 1980  
P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2004  
P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006  
P. Grossi, *La proprietà e le proprietà oggi*, in G. Alpa (a cura di), *Paolo Grossi*, Bari, 2011  
R. Guardini, *La fine dell'epoca moderna*, Brescia, 2007  
A. Guazzarotti, *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quad. cost.*, 2006  
A. Guazzarotti, *La Consulta "guarda in faccia" gli obblighi internazionali e la CEDU*, in *Studium iuris*, 2008

## H

J. Harris, *Property and Justice*, Oxford, 1996  
J. Harris, *Is Property a Human Right?*, in J. McLean (edited by), *Property and the Constitution*, Oxford, 1999  
J. Harris, *Reason or Mumbo Jumbo: The Common Law's Approach to Property*, in *Proceedings of the British Academy*, 117, Oxford, 2002  
G. Hartmann, *Die Obligation: Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlagen, 1875

## I

D. Ibbestone, *The tort of negligence in the Common Law in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, in E. Schrage (ed.), *Negligence: The comparative Legal History of the Law of Torts*, Berlin, 2001  
M. Infantino, *Verso un diritto europeo della responsabilità civile? I progetti, i metodi, le prospettive*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010  
B. Inzitari, voce «Necessità (dir. priv.)», in *Enc. Dir.*, XXVI, 1977

## J

M.A. Jones, *Liability for Psychiatric Damage: searching for a Path between Pragmatism and Principle*, in J.W. Neyes - E. Chamberlain - S.G.A. Petel, *Emerging Issue in Tort Law*, 2007

## L

E. Lamarque, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2008  
E. Lamarque, *Il nuovo danno non patrimoniale sotto la lente del costituzionalista*, in *Danno e resp.*, 2009  
E. Lamarque, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 2010  
L. Lambo, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007  
S. Landini, *Riparazione del danno morale e reato*, in *NGCC*, 2004  
F.H. Lawson, *Introduction to the Law of Property*, Oxford, 1977  
A. Lepre, *Convivente more uxorio e risarcimento del danno*, in *Dir. fam. e pers.*, 1996  
N. Lipari, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997  
J. Locke, *Due trattati sul governo*, Torino, 1960  
G. Lomonaco, *Istituzioni di diritto civile italiano*, II, Napoli, 1884

- A. Longo, *I valori costituzionali come categoria dogmatica - Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007
- C. Lozzi, *Del risarcimento dei danni morali con qualche norma per la loro liquidazione*, in *Giur. It.*, 1883
- M. Luciani, *Le nuove competenze legislative delle regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)
- M. Luciani, *L'interprete della costituzione di fronte al rapporto fatto valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. e soc.*, 2009
- M. Luciani, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2010
- F. Luiso, *Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2003
- M. Lunney - K. Olyphant, *Tort Law. Text and Materials*, Oxford, 2008

## M

- F. Macario - C. Scognamiglio, *Il danno non patrimoniale contrattuale. Introduzione ai temi del Dibattito*, in *I contratti*, 2010
- C.B. Macpherson, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, Milano, 1962
- P. Maddalena, *I diritti umani e la proprietà privata: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e le norme della Costituzione della Repubblica Italiana*, relazione tenuta al convegno "Incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese", Lisbona, 8-9 ottobre 2009, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)
- M. Maggiolo, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in S. Patti (diretto da) - S. Delle Monache (a cura di), *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010
- U. Majello, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958
- C. Mandrioli - A. Carratta, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009
- D. Mandrioli, *Il danno non patrimoniale nell'art. 185 c.p.*, in *Riv. Pen.*, 1931
- D. Mandrioli, *Ancora sulla risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Riv. pen.*, 1932
- F. Manganaro, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.*, 2008
- V. Manzini, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, 1912
- A. Marigliano, *Il danno psichico e il danno morale: la "sofferenza non transeunte cagionata dal reato. Considerazioni di uno psichiatra forense*, in G. Toscano (a cura di), *Il punto di approdo del danno non patrimoniale. Le pronunce delle Sezioni Unite di San Martino*, Milano, 2010
- F. Marinelli, *Funzione sociale della proprietà e natura della cose dall'«avere» all'«essere»*, in M. Tamponi- E. Gabrielli (a cura di), *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006
- G.P. Massetto, voce «Responsabilità extracontrattuale» (Diritto intermedio), in *Enc. Dir.*, XXXIX, 1988
- F. Mastropaolo, *Il danno alla salute*, 1983
- J. Mattei, *Il codice civile italiano*, II, Venezia, 1873
- P. Matthews, *La proprietà: storia e comparazione*, in C. Castronovo-S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007
- S. Mazzamuto, *Un rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime di inadempimento*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003
- S. Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008
- S. Mazzamuto, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2009
- H. McGregor, *McGregor on Damages*, London, 2009
- E. McKendrick, *Contract Law - Text, Cases and Materials*, Oxford, 2010
- C. Medici, *Controllo sulla penale «manifestamente eccessiva» ed equilibrio degli scambi contrattuali*, in *Danno e resp.*, 2006
- R. Megarry-H.W.R. Wade, *The Law of Real Property*, London, 1984
- L. Mengoni, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, ora in C. Castronovo - A. Nicolussi - A. Albanese (a cura di), *Scritti, II, Obbligazioni e negozio*, Milano, 2011
- L. Mengoni, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, IV, Bologna, 1953, ora in C. Castronovo - A. Nicolussi - A. Albanese (a cura di), *Scritti, II, Obbligazioni e negozio*, Milano, 2011

- L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, ora in C. Castronovo - A. Nicolussi - A. Albanese (a cura di), *Scritti, II, Obbligazioni e negozio*, Milano, 2011
- L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, ora in C. Castronovo - A. Nicolussi - A. Albanese (a cura di), *Scritti, II, Obbligazioni e negozio*, Milano, 2011
- L. Mengoni, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, ora in C. Castronovo - A. Nicolussi - A. Albanese (a cura di), *Scritti, II, Obbligazioni e negozio*, Milano, 2011
- L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, ora in C. Castronovo - A. Nicolussi - A. Albanese (a cura di), *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011
- L. Mengoni, *La questione del «diritto giusto» nella società post-liberale*, in *Rel. ind.*, 1988, ora in C. Castronovo - A. Nicolussi - A. Albanese (a cura di), *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011
- L. Mengoni, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, ora in C. Castronovo - A. Nicolussi - A. Albanese (a cura di), *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011
- L. Mengoni, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990
- L. Mengoni, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in AA.VV., *I principi generali del diritto*, Roma, 1992, ora in C. Castronovo - A. Nicolussi - A. Albanese (a cura di), *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011
- L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996
- L. Mengoni, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in M. Napoli (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano, 1998, ora in C. Castronovo - A. Nicolussi - A. Albanese (a cura di), *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011
- L. Mengoni, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, ora in C. Castronovo - A. Nicolussi - A. Albanese (a cura di), *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011
- L. Mengoni, *Note sul rapporto tra diritto e morale*, in *Iustitia*, 1998, ora in C. Castronovo - A. Nicolussi - A. Albanese (a cura di), *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011
- D. Messinetti, voce «Personalità (diritti della)», in *Enc. dir.*, Milano, 1983
- D. Messinetti, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992
- D. Messinetti, voce «Danno giuridico», in *Enc. dir.*, 1997
- A. Minozzi, *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*, Milano, 1909
- G. Miotto, *La funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali nel sistema della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2008
- G. Moccia, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988
- L. Moccia, *Il modello inglese di proprietà*, in AA. VV., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Bari, 2008
- F. Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995
- F. Modugno, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007
- F. Modugno, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009
- F. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht. Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855
- P.G. Monateri, *La Costituzione e il diritto privato: il caso dell'art. 32 Cost. e il danno biologico («Staatrecht verghe, Privatrecht besteht»)*; *Resp. civ. e prev.*, 1986
- P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998
- L. Montanari, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002
- L. Montanari, *La difficile definizione dei rapporti con la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della costituzione: un confronto con Francia e Regno Unito*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2008
- P. Mori, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana*, in *Riv. dir. int.*, 1983
- A. Moscarini, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006
- P. Mounier, *Il personalismo*, Roma, 2004
- S.R. Munzer, *A Theory of Property*, Cambridge, 1990

## N

- R. Nania-P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2001

- C. Napoli, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la nuova collocazione della CEDU e le conseguenti prospettive di dialogo fra le Corti*, in *Quad. cost.*, 2008
- U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1974
- E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996
- E. Navarretta, *Danno non patrimoniale: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*, in *Foro It.*, 2003
- E. Navarretta - D. Poletti, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in *Id.* (a cura di), *I danni non patrimoniali - Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004
- E. Navarretta, *Ripensare il sistema dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004
- E. Navarretta, *L'evoluzione storica dell'ingiustizia del danno e i suoi lineamenti attuali*, in N. Lipari e P. Rescigno (diretto da) e A. Zoppini (coordinato da), *Diritto Civile*, IV, parte III, Milano, 2009
- E. Navarretta, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in N. Lipari e P. Rescigno (diretto da) e A. Zoppini (coordinato da), *Diritto Civile*, IV, parte III, Milano, 2009
- E. Navarretta, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Foro it.*, 2009
- E. Navarretta, *Il danno non patrimoniale*, in S. Patti (diretto da) - S. Delle Monache (a cura di), *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010
- E. Navarretta, *Danni non patrimoniali: il compimento della drittwirkung e il declino delle antinomie*, in *NGCC*, 2010
- E. Navarretta, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extracontrattuale*, in *Il danno non patrimoniale*, in *Id.* (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010
- E. Navarretta, *Il contenuto del danno non patrimoniale e il problema della liquidazione*, in *Id.* (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010
- E. Navarretta, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Id.* (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010
- R. Neuner, *Interesse und Vermögensschaden*, in *Arch. civ. Prax.*, 1931
- A. Nicolussi, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno aquiliano*, Milano, 1998
- A. Nicolussi, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006
- A. Nicolussi, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in *Eur. dir. priv.*, 2006
- A. Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008
- A. Nicolussi, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 2008
- A. Nicolussi, *Danno non patrimoniale in Europa*, in S. Patti (diretto da) - S. Delle Monache (a cura di), *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010
- A. Nicolussi, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia a trattamenti sanitari*, in *Quad. cost.*, 2010
- A. Nicolussi, *L'interesse del creditore e il risultato dell'obbligazione*, in G. Capogrossi Colognesi e M.F. Corsi (a cura di), *Obligatio-Obbligazione - Un confronto interdisciplinare*, Napoli, 2011
- A. Nicolussi, voce «Danno», in *Dizionario di diritto privato - diritto civile*, Milano, di prossima pubblicazione
- L. Nogler, *Danni personali e rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002
- L. Nogler, *La «deriva» risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili del lavoratore dipendente*, in *Quad. dir. lav.*, 2006
- L. Nogler, *Danno non patrimoniale e rapporto di lavoro*, in S. Patti (diretto da) - S. Delle Monache (a cura di), *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010

## O

- A.I. Ogus, *The law of damages*, London, 1973

## P

- G. Pacchioni, *Della irrisarcibilità dei danni morali*, in *Riv. dir. comm.*, 1922

G. Pacchioni, *L'art. 185 codice penale e il risarcimento dei danni morali arrecati con fatto illecito penale e civile*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931

G. Pacchioni, *Il risarcimento dei danni nel progetto franco-italiano di codice delle obbligazioni e dei contratti*, in *Id.*, *Diritto civile italiano*, II, vol. IV, Padova, 1940

A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001

A. Pace, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea? Appunti preliminari*, in *Giur. cost.*, 2001

A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 2003

A. Pace, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rass. parl.*, 2010

M.L. Padelletti, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003

M.C. Paglietti, *Percorsi evolutivi del diritto all'abitazione*, in *Riv. dir. priv.*, 2008

S. Panesar, *General Principles of Property Law*, Edinburgh, 2001

L. Papi, *La liquidazione del danno non patrimoniale e il ruolo del medico legale*, in E. Navarretta (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010

M. Paradiso, *La responsabilità medica dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001

M. Paradiso, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 2009

M. Paradiso, *La "atipica tipicità" del danno non patrimoniale*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009

N. Parisi, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 2009

T. Pasquino, *Il «contenuto minimo» del diritto di proprietà tra codice civile e Carta costituzionale*, in M. Tamponi- E. Gabrielli (a cura di), *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006

S. Patti, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in AA. VV. *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009

S. Patti, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *Riv. Notariato*, 2010

S. Patti, *Metodi e tendenze del diritto civile in Europa*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011

P.L. Pedrali Noy, *Il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. tur.*, 1932

J. Penner, *the Idea of Property Law*, Oxford, 1996

A. Pennisi, *L'accessorietà dell'azione civile nel processo penale*, Milano, 1981

M. Perfetti, *Prospettive di una interpretazione dell'art. 2059 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978

P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972

P. Perlingieri, *L'onnipresente art. 2059 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2009

W. Peukert, *Protection of ownership under article 1 of the First Protocol to the European Convention of Human Rights*, in *Human Rights Law Journal*, 1981

J. Pieper, *La giustizia*, Brescia - Milano, 2000

N. Pignatelli, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la dilatazione della tecnica della «interposizione» (e del giudizio costituzionale)*, in *Quad. cost.*, 2008

C. Pinelli, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007

F. Piraino, *"Ingiustizia del danno" e anti-giuridicità*, in *Eur. e dir. priv.*, 2005

F. Pizzolato, *Finalismo dello stato e sistema nei diritti della Costituzione italiana*, Milano, 1999

M. Pisani, *Studi di diritto premiale*, Milano, 2010

V. Polacco, *Le obbligazioni*, Roma, 1915

D. Poletti, *La dualità del sistema risarcitorio e la unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009

D. Poletti, *Il danno biologico nella ridefinizione dell'unitario danno non patrimoniale*, in *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010

R. Poli, *Il giudizio di Cassazione dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2007

G. Ponzanelli, *Danno non patrimoniale e danno alla salute: due sentenze della Corte Costituzionale*, in *Resp. civ. prev.*, 1979

G. Ponzanelli, *La Corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, in *Foro it.*, 1986

G. Ponzanelli, *La Corte costituzionale e il danno da morte*, in *Foro it.*, 1994

G. Ponzanelli, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2003

- G. Ponzanelli, *La Corte costituzionale si allinea con la Corte di Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2003
- G. Ponzanelli, *Il danno esistenziale prima della svolta del 2003*, in *Id.*, *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, Padova, 2007
- G. Ponzanelli, *Il danno non patrimoniale tra letture costituzionali e tentazioni esistenziali: parola alle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2008
- A. Procida Mirabelli di Lauro, *L'art. 2059 va in paradiso*, in *Danno e resp.*, 2003
- A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 233/03*, in *Danno e resp.*, 2003
- A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica «bipolare» alla teoria generale e «monocentrica» della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003
- R.J. Pothier, *Traité des obligations*, Parigi, 1761, tradotto da M. Dupin, *Trattato delle obbligazioni*, Livorno, 1841
- D. Pulitanò, *Politica criminale*, in *Id.*, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985
- S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954
- S. Pugliatti, *La trascrizione*, Milano, 1957

## Q

- R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968

## R

- G. Raimondi, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento italiano. Nota minima in margine alla sentenza Ciulla*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1990
- G. Ramaccioni, *La proprietà privata, l'identità costituzionale e la competizione tra modelli*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010
- B. Randazzo, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in P. Falzea - A. Spadaro - L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003
- A. Ravazzoni, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962
- O. Regnoli, *Delle obbligazioni secondo il codice civile italiano: temi d'esame compilati da alcuni studenti dell'ultimo anno di giurisprudenza sui principi svolti nelle lezioni del Prof. Oreste Regnoli*, Bologna, 1870
- P. Rescigno, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1972
- P. Rescigno, *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. comm.*, 1998
- G. Reynaud, *Il danno non patrimoniale dopo l'intervento della Cassazione a Sezione Unite: qualche certezza e molti dubbi*, in AA. VV., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009
- C. Ribolzi, *In tema di tutela del diritto privato alla propria immagine*, in *Mon. Trib.*, 1950
- A. Riccio, *Verso l'atipicità del danno non patrimoniale: il mancato rispetto dei vincoli derivanti dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo solleva una nuova questione di costituzionalità dell'art. 2059 c.c.?*, in *Contr. e impr.*, 2009
- A. Riccio, *La violazione dell'autodeterminazione è, dunque, autonomamente risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 2010
- M. Riguzzi, *Il contratto di trasporto*, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2006
- A. Rizzieri, *Il danno non patrimoniale da reato*, in S. Patti (diretto da) - S. Delle Monache (a cura di), *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010
- E. Rocchi-M. Cucci, *I contenuti medico legali delle sentenze delle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione 24giugno/11 novembre n. 26972, 26973, 26974, 26975*, pag. 76, in G. Toscano (a cura di), *Il punto di approdo del danno non patrimoniale. Le pronunce delle Sezioni Unite di San Martino*, Milano, 2010
- S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964
- S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969
- S. Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987
- S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990
- H. Rogers, *Brevi note sulle non-pecuniary losses nel Regno Unito*, in *Danno e resp.*, 2002
- H. Rogers, *Winfield and Jolowicz On Tort*, London, 2006
- F. Rolfi, *La patrimonialità della prestazione e l'interesse del creditore. Brevi note sull'art. 1174 c.c.*, in *Jus*, 2006

- R. Rolli, *La proprietà come diritto dell'uomo?*, in *Contr. e impr.*, 2011
- U. Romagnoli, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio di uguaglianza*, in M. Napoli (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano, 1998
- M. Romano, *Prevenzione generale e prospettive di riforme*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980
- M. Romano, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993
- M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004
- V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001
- M. Rossetti, *Post nubila phoebus. Ovvero gli effetti concreti della sentenza n. 26972/2008 delle Sezioni Unite in tema di danno non patrimoniale*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009
- G. Rotondi, *Dalla "lex aquilia" all'art. 1151 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1916
- F. Rovelli, *La risarcibilità dei danni non patrimoniali*, in *Riv. dir. priv.*, 1933
- U. Ruffolo, *Colpa e responsabilità*, in N. Lipari e P. Rescigno (diretto da) e A. Zoppini (coordinato da), *Diritto Civile*, IV, parte III, Milano, 2009
- A. Ruggeri, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2008
- Ruggeri, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, disponibile in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)
- A. Ruggeri, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)
- A. Ryan, *Property and Political Theory*, Oxford, 1984

## S

- R. Sacco, *Il contratto*, I, Torino, 2005
- C. Salvi, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985
- C. Salvi, *La responsabilità civile*, Milano, 2005
- C. Salvi, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009
- C. Salvi, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Eur. dir. priv.*, 2010
- A.M. Sandulli, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972
- F. Santoro Passarelli, *Proprietà privata e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972
- R. Sapienza, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1991
- I. Sarica, *Il contatto sociale tra le fonti della responsabilità civile: recenti equivoci della giurisprudenza di merito*, in *Contr. e impr.*, 2005
- V. Sassani, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006
- F.C. Savigny, *Das Obligationenrecht*, Berlino, 1851-1855, tradotto in italiano da G. Pacchioni, *Le obbligazioni*, Torino, 1912-1915
- F.C. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlino, 1840-1847, tradotto da V. Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1886
- V.M. Sbrescia, *Le competenze dell'Unione Europea nel Trattato di Lisbona*, Napoli, 2008
- V. Scalisi, *Danno alla persona e ingiustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007
- G. Schiavone, *Funzione della clausola penale e potere di riduzione da parte del giudice*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006
- S. Sciacca - S. Scovazzo, *Nozione di danno e perimetro risarcitorio in tema di responsabilità medica*, in *Danno e resp.*, 2010
- V. Sciarabba, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *Giur. cost.*, 2007
- C. Scognamiglio, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in S. Mazzamuto (a cura di), *I contratti e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002
- C. Scognamiglio, *L'ingiustizia del danno (art. 2043)*, in M. Bessone (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, X, Torino, 2005
- C. Scognamiglio, *Problemi della causa e del tipo*, in G. Vettori (a cura di), *Trattato del contratto - Regolamento*, Milano, 2006

- C. Scognamiglio, *Le mobili frontiere della risarcibilità del danno non patrimoniale*, disponibile su [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)
- R. Scognamiglio, *Il danno morale* (1957), ora in *Id.*, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010
- R. Scognamiglio, voce «Illecito (diritto vigente)» (1968) ora in *Id.*, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010
- R. Scognamiglio, *Appunti sulla nozione di danno* (1969), ora in *Id.*, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010
- R. Scognamiglio, *Il danno a beni interessi della persona e il danno morale mezzo secolo dopo*, in *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010
- C. Scotti, *Manuale di diritto civile italiano*, I, Torino, 1887
- E. Scuto, *Osservazioni sul danno non patrimoniale e sulla sua risarcibilità nel nostro diritto positivo*, in *Dir. e giur.*, 1953
- P. L. Simone, *Gli accordi internazionali di salvaguardia dei diritti sociali e del lavoro e il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali alla Polonia e al Regno Unito*, in *Dir. un. eur.*, 2009
- R. Simone, *Consenso informato e onere della prova*, in *Danno e resp.*, 2010
- R.J. Smith, *Property Law*, Edinburgh, 2006
- G. Sorrenti, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di copertura costituzionale a più facce*, in *Pol. dir.*, 1997
- F. Sorrentino, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2003
- E. Squarcia, *L'azione di danno nel processo penale*, Padova, 2002

## T

- P. Tanzarella, *Il margine di apprezzamento*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Università e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007
- D. Tega, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Università e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007
- D. Tega, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte «sub-costituzionale» del diritto*, in *Quad. cost.*, 2008
- G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova,
- F. Tescione, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008
- P. Todd, *Textbook on Trusts*, London, 1993
- V. Tomarchio, *L'unitarietà del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni Unite*, in *Giur. It.*, 2009
- O. Troiano, *L'irresistibile ascesa del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2003

## V

- F. Vassalli, *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà*, Relazione alla prima riunione del Comitato per le relazioni giuridiche italo-tedesche (1938), ora in *Studi giuridici*, Milano, II, 1960
- V. Velluzzi, *Le clausole generali: semantica e politica del diritto*, Milano, 2010
- G. Venezian, *Danno e risarcimento fuori dai contratti (1884-1886)*, in *Opere giuridiche*, I, Milano, 1919
- F. Ventorino, *Da dove nasce il diritto*, in P. Barcellona - F. Ventorino - A. Simoncini, *La lotta fra diritto e giustizia*, Genova - Milano, 2008
- G. Vettori, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, in *Obbl. e contr.*, 2009
- G. Villa, *Danno e risarcimento contrattuale*, in V. Roppo (a cura di), *Trattato del contratto*, Milano, 2006
- G. Villa, *Il tort of negligence nel sistema inglese dei fatti illeciti*, in *Contr. e impr.*, 2011
- M. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2007
- G. Vinciguerra, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, in *Danno e resp.*, 2008
- F. Viola-G. Zaccaria, *Diritto ed interpretazione - Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, 1999
- A. Visco, *Riflessi civilistici dell'art. 185 del cod. penale*, in *Studi in onore di Mariano D'Amelio*, III, Roma, 1933
- D. Vittoria, *Il danno non patrimoniale agli enti collettivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2007



## W

- J. Waldrom, *The Right to Private Property*, Oxford, 1988
- T. Weir, *An Introduction to Tort Law*, Oxford, 2006
- G. Williams-B.A. Hepple, *Foundation of the Law of Tort*, London, 1984
- B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*<sup>9</sup>, a cura di Kipp, Frankfurt, 1906, tradotto in italiano a cura C. Fadda e P.E. Bensa, *Diritto delle pandette*, Torino, 1925
- S. Wünsch, *Il modello tedesco delle Schmerzensgeldtabellen*, in G. Comandè e R. Domenici (a cura di), *La valutazione delle Macropermanenti: profili pratici e di comparazione*, Pisa, 2005

## Z

- G. Zagrebelsky, *Diritto per valori: principi o regole?*, in *Quad. fior.*, 2002
- G. Zagrebelsky, *Discorso per i cinquant'anni della Corte costituzionale*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)
- P. Zatti, *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona*, in *NGCC*, 2008
- V. Zeno Zencovich, *Interesse del creditore e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987
- Z. Zencovich, *La responsabilità civile da reato - Lineamenti e prospettive di un sottosistema giurisprudenziale*, Padova, 1989
- P. Ziviz, *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, II, Milano, 1994
- P. Ziviz, *Danno biologico e morte della vittima: equivoci vecchi e nuovi*, in *NGCC*, 1995
- P. Ziviz, *E poi non rimase nessuno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003
- P. Ziviz, *Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c.*, in *Resp. civ. prev.*, 2003
- P. Ziviz, *La valutazione del danno biologico nel nuovo codice delle assicurazioni*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006
- P. Ziviz, *La fine dei dubbi in materia di danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2006
- P. Ziviz, *Un'occasione mancata per le Sezioni Unite*, in *AA. VV.*, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009
- P. Ziviz, *La scivolosa soglia dei diritti inviolabili*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011
- P. Ziviz, *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*, Milano, 2011
- A. Zoppini, *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, in *Id.* (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004
- K. Zweigert - H. Kötz, *Introduzione al Diritto Comparato*, I, Milano, 1998