

***Post nubila phoebus*, ovvero gli effetti concreti della sentenza n. 26972/08 delle Sezioni Unite in tema di danno non patrimoniale.**

1. L'importanza della decisione.

Con l'importante decisione n. 26972 del 2008 (di contenuto identico, nella parte relativa all'affermazione dei principi generali, ad altre tre sentenze, depositate tutte contestualmente) le Sezioni Unite della Cassazione non si sono limitate a sanare il contrasto sulla risarcibilità del c.d. danno esistenziale, ma hanno fatto molto di più: hanno ricomposto le *membra disiecta* di una materia - quella del risarcimento del danno non patrimoniale - divenuta farraginoso, indecifrabile e dagli esiti giudiziari spesso imprevedibili in un vero e proprio "sistema", che finalmente si presenta organico, razionale e coerente.

L'intervento delle Sezioni Unite era stato sollecitato dalla Terza Sezione, la quale aveva segnalato l'esistenza d'un contrasto definito "insanabile" tra quanti ritenevano che il "danno non patrimoniale", di cui all'art. 2059 c.c., comprendesse il danno biologico (inteso quale lesione della salute) ed il danno morale (inteso quale sofferenza interiore transeunte), e quanti invece ritenevano che a queste due voci di danno se ne dovesse affiancare una terza, ulteriore e diversa dalle prime due, e cioè il danno esistenziale, definito come "la perdita del fare a-reddituale".

Tale contrasto era di tipo "embricato", in quanto le divergenti opinioni sulla risarcibilità del danno esistenziale muovevano da divergenti modi di intendere la nozione di "danno non patrimoniale" e quella di "ingiustizia del danno".

Con la sentenza 26972/08 le Sezioni Unite hanno non solo composto tali contrasti, ma hanno anche riesaminato approfonditamente i generali presupposti ed il contenuto della nozione di "danno non patrimoniale" di cui all'art. 2059 c.c., delineando un quadro completo ed organico dei principi che debbono disciplinare la materia.

Quattro, in particolare, sono stati i problemi affrontati e risolti dalle SS.UU.:

(a) cosa debba intendersi per "danno non patrimoniale": a questo riguardo le SS.UU. hanno stabilito che quella di "danno non patrimoniale" è nozione ampia ed omnicomprensiva, che include qualsiasi pregiudizio *alla persona* non suscettibile di valutazione economica;

(b) quando sia risarcibile il danno non patrimoniale: a questo riguardo le SS.UU. che il danno non patrimoniale è risarcibile sia nei casi previsti dalla legge, sia nei casi di lesione

grave di un diritto inviolabile della persona, dalla quale sia derivato un pregiudizio non futile;

(c) come debba liquidarsi il danno non patrimoniale: a questo riguardo le SS.UU. hanno stabilito che il danno non patrimoniale deve liquidarsi con valutazione unitaria ed omnicomprensiva di tutte le conseguenze pregiudizievoli derivate dal fatto illecito, ma senza duplicazioni, e segnatamente senza attribuire nomi diversi a pregiudizi identici *in rerum natura*;

(d) come debba provarsi in giudizio il danno non patrimoniale: a questo riguardo le SS.UU. hanno stabilito che il danno non patrimoniale va sempre debitamente allegato e provato da chi ne invoca il risarcimento, fermo restando che tra le prove utilizzabili rientra ovviamente il ricorso alle presunzioni semplici (ex art. 2727 c.c.) ed alle nozioni di comune esperienza (ex art. 115 c.p.c.).

Dai principi che precedono, lo si sarà intuito, è discesa quale logica conseguenza una stroncatura raggelante e senza appello della tesi del danno esistenziale: di questo, afferma la Cassazione, “*come autonoma categoria di danno non è più dato discorrere*” (§ 3.3 dei “Motivi della decisione”).

Nel presente scritto intendo attenermi a tale preziosa indicazione, e non discorrerò ulteriormente di danno esistenziale: da quando fervide fantasie di giuristi assai lontani dalle aule giudiziarie hanno partorito questo ircocervo, sin troppo se ne è scritto e discusso¹. Scopo di questa nota è invece analizzare, sia pure con inevitabile sinteticità, quali potranno essere gli effetti della sentenza su assetti consolidati e prassi diffuse, e soprattutto se e quanto dovranno mutare le tecniche istruttorie ed i contenuti delle decisioni, nei giudizi aventi ad oggetto il danno alla persona.

2. Cosa debba intendersi per “danno non patrimoniale”.

Come accennato, il primo problema risolto dalle SS.UU. è quello del concetto stesso di “danno non patrimoniale”.

La Corte ha definito quest’ultimo come “*la lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica*” (§ 2.3 dei “Motivi della decisione”).

Si tratta di una categoria ampia ed omnicomprensiva, all’interno della quale non sono possibili ulteriori sottodistinzioni, se non con valore meramente descrittivo (§ 2.13 della sentenza).

¹ ***

Di conseguenza è stato ritenuto scorretto e non conforme al dettato normativo pretendere di distinguere il c.d. “danno morale soggettivo”, inteso quale sofferenza psichica transeunte, dagli altri danni non patrimoniali: la sofferenza morale non è che uno dei molteplici aspetti di cui il giudice deve tenere conto nella liquidazione dell’unico ed unitario danno non patrimoniale, e non un pregiudizio a sé stante (§ 2.19). Né ha senso definire il “danno morale” come un pregiudizio non patrimoniale diverso dagli altri perché transeunte, giacché la natura transitoria del pregiudizio può incidere eventualmente sulla liquidazione del danno, ma non sulla sua natura o risarcibilità (§ 2.10).

Allo stesso modo, anche il danno definito “biologico” non è che un danno non patrimoniale di cui all’art. 2059 c.c. (§ 2.7).

Da questo principio è stato tratto il corollario che non è ammissibile nel nostro ordinamento la concepibilità d’un danno definito “esistenziale”, inteso quale la perdita del fare areddituale della persona. Una simile perdita, ove causata da un fatto illecito lesivo di un diritto della persona costituzionalmente garantito, costituisce né più né meno che un ordinario danno non patrimoniale, di per sé risarcibile ex art. 2059 c.c., e che non può essere liquidato separatamente sol perché diversamente denominato (§§ 3.4 e 3.5). Quando, poi, un pregiudizio del tipo definito in dottrina “esistenziale” sia causato da condotte che non siano lesive di specifici diritti della persona costituzionalmente garantiti, esso sarà irrisarcibile, giusta la limitazione di cui all’art. 2059 c.c..

Da ciò le SS.UU. hanno tratto spunto per negare la risarcibilità dei danni non patrimoniali cc.dd. “bagatellari”, ossia quelli futili od irrisonori, ovvero causati da condotte prive del requisito della gravità, ed hanno al riguardo avvertito che la liquidazione, specie nei giudizi decisi dal giudice di pace secondo equità, di danni non patrimoniali non gravi o causati da offese non serie, è censurabile in sede di gravame per violazione di un principio informatore della materia (§§ 3.11 e 3.12).

Quali le conseguenze che tali affermazioni di principio potranno riverberare nell’accertamento e nella liquidazione del danno non patrimoniale? Per chiarezza espositiva, esaminiamole separatamente, con riferimento al danno usualmente definito morale ed al danno biologico.

2.1. Le conseguenze del principio: (a) il danno morale causato da lesioni personali.

Per lungo tempo la giurisprudenza ha costantemente affermato che la vittima di un illecito costituente reato ha diritto al risarcimento di un pregiudizio non patrimoniale definito “danno morale”, inteso quale sofferenza interiore e soggettiva transeunte.

La liquidazione di questo pregiudizio si aggiungeva, nel caso di lesioni personali, a quella del danno biologico, inteso quale lesione della salute in sé e per sé considerata.

La doppia liquidazione del danno biologico e del danno definito “morale” si fondava sul presupposto che altro fosse l’invalidità biologica causata dalla lesione, altro la sofferenza ed il dolore da essa provocati. Dunque un doppio pregiudizio dal quale doveva scaturire un doppio risarcimento

Questa posizione della giurisprudenza nacque per necessità, si conservò per inerzia, ma alla fine è caduta per insostenibilità.

Infatti una volta stabilito che il danno non patrimoniale ha natura omnicomprensiva, e che nella liquidazione di esso il giudice deve tenere conto di tutte le conseguenze negative derivatene, non v’è più necessità di distinguere tra invalidità biologica e sofferenza morale: l’una e l’altra non costituiscono infatti che aspetti di un identico pregiudizio.

Tuttavia, poiché la liquidazione cumulata del danno biologico e di quello morale è stata prassi diffusa ed unanime per 35 anni, non spiaccia al benevolo lettore, giunti a questo punto, una breve digressione sulla genesi e sul contenuto della nozione di danno morale: lungi dal costituire una divagazione, essa ci porterà invece al cuore del nostro problema, dimostrando quanto sia stata fallace ed erronea la doppia liquidazione del danno biologico e di quello morale.

2.1.1. Origine e contenuto della nozione di danno morale.

Il codice civile del 1865 non dedicava alcuna norma al risarcimento del danno non patrimoniale. L’art. 1151 c.c. del 1865 si limitava a stabilire che “*qualunque fatto dell’uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno*”, con quasi perfetta traslitterazione dell’art. 1382 del codice civile francese del 1804.

Il danno non patrimoniale era tuttavia ritenuto pacificamente risarcibile, proprio perché nessuna norma di legge lo vietava. Tuttavia, poiché il nostro codice d’allora era stato in larga parte mutuato dal codice francese, e poiché nell’esperienza giuridica d’oltralpe il danno non patrimoniale era usualmente definito “*dommage moral*”, anche la nostra prassi giurisprudenziale e curiale definì comunemente i danni non patrimoniali come “danni morali”, per calco linguistico².

² Bonilini, *Danno morale*, in Dig. civ., vol. V, Torino, 1989, 84.

Tali pregiudizi erano pacificamente ritenuti risarcibili in qualsiasi caso sussistesse una condotta illecita, e venivano definiti come non solo spavento, paura, turbamento dell'animo, ma anche perdita della salute e della capacità di autodeterminazione. Si legge ad esempio in una sentenza della Cassazione di Palermo del 1895 che *“anche i patemi d'animo, e tutto ciò che attenta alla sicurezza ed alla tranquillità dell'uomo, anco come conseguenza di mali fisici arrecati, formano la parte dell'uomo, poiché appartengono alle forze morali dell'individuo, le quali quanto più si suscitano, altrettanto deprimono le forze fisiche, senza le quali la vita o va distrutta, o si stenta in fiacchita e penosa. Or, se patrimonio dell'uomo è anche ciò che riguarda la parte morale, e quindi la parte più nobile, non sa comprendersi come possa trascurarsi uno dei fattori nel calcolo delle indennità a valutare, quando il turbare la pace e la tranquillità di una famiglia, quando le incertezze dell'esito di una malattia fisica per colpa d'altri avvenuta, quando lo spavento subito, i dolori fisici, deprimono l'attività umana, e tolgono allo spirito quella libertà, senza la quale non ha vi integrità di persona”* (Cass. Palermo 23.2.1895, in Foro it., 1896, I, 685; il principio era comunque pacifico sino alla fine degli anni '80 dell'Ottocento).

Contro quest'opinione dominante insorse alla fine del XIX sec. un illustre autore, il quale iniziò a sostenere la irrisarcibilità dei “danni morali”, osservando che *“il diritto ha (...) per sua natura ad oggetto sempre un oggetto esteriore e sensibile. Non hanno questa natura, e non si possono neppure propriamente dire diritti personali, né tampoco diritti, od elementi del patrimonio giuridico personale, gli oggetti dell'offesa e del danno morale, come p. es. l'onore, la pudicizia. Essi sono bensì elementi integranti dell'umana personalità, e intangibili e inviolabili come questa, ma appunto l'intangibilità e inviolabilità dell'umana persona non è per sé medesima un diritto civile o privato, perché non ha oggetto esteriore sensibile, non è pretensione di nessun atto o fatto esteriore determinato, che un'altra persona determinata debba porre in essere od evitare (...). E' un diritto la cui tutela è prestata propriamente dal diritto pubblico penale. Or se i danni morali non sono veri danni in senso civile, cioè giuridico-privato, egli è chiaro che già per questo motivo essi non possono dar fondamento e materia a risarcimento in senso civile, o giuridico-privato, cioè pecuniario”* (Gabba, Nota a Cass. Palermo 23.2.1895, in Foro it. 1896, I, 685, ma specialmente 701).

La tesi della risarcibilità o meno del danno morale finì per dividere in modo lacerante dottrina e giurisprudenza, sicché si rese necessario l'intervento delle Sezioni Unite. Queste ultime, dopo quasi trent'anni di contrasti, nel 1924 proclamarono solennemente la irrisarcibilità dei danni morali (Cass. 20 ottobre 1924, in Giur. it., 1924, I, 1, 952).

Dopo la nascita e l'affermarsi della tesi della irrisarcibilità dei danni morali, si produsse un fenomeno singolare: la giurisprudenza di merito, posta dinanzi alle iniquità cui talora conduceva il principio della irrisarcibilità dei danni morali, cominciò ad eroderlo (proprio come negli anni recenti è avvenuto con riferimento al divieto di cui all'art. 2059 c.c.), distinguendo tra "danni morali diretti", sempre irrisarcibili, e "danni morali indiretti", i quali pur colpendo beni insuscettibili di valutazione patrimoniali, finivano per incidere negativamente anche sul patrimonio della vittima (come ad es., nell'ipotesi in cui la tristezza avesse impedito alla vittima di lavorare o concludere affari).

Tuttavia la distinzione tra danni morali diretti ed indiretti non eliminò i contrasti e le incertezze sulla risarcibilità del danno morale che si erano registrati nei trent'anni precedenti, perché attraverso la nozione di danni "moralmente indiretti" si finivano per risarcire anche danni morali veri e propri, in particolare ricorrendo in modo generalizzato alla presunzione (*hominis*) che il danno morale avrebbe avuto effetti dannosi su redditi futuri, figurativi o presunti.

2.1.2. Il danno non patrimoniale nel codice del 1942.

Fu principalmente per le ragioni indicate al § precedente che il legislatore, quando varò il codice del 1942, ritenne di porre fine ad ogni contrasto sulla distinzione tra danni morali diretti (o danni morali *tout court*, ritenuti irrisarcibili) e danni morali indiretti (ai quali si attribuiva la qualifica di danni patrimoniali, come tali risarcibili) introducendo l'art. 2059 c.c. ed adottando la formula del "danno non patrimoniale": con tale espressione il legislatore intendeva designare non una categoria che andasse ad aggiungersi a quel danno che nella vigenza del codice del 1865 la prassi definiva "morale", ma una categoria che *lo riassorbisse e lo superasse*. Tanto si desume chiaramente dalla relazione al codice civile, ove si afferma come "danno non patrimoniale" sia espressione corretta e preferibile rispetto a quella "danno morale": *"è più esatto il termine usato dal codice (danno non patrimoniale anziché danno morale) perché ci sono danni morali che sono contemporaneamente morali e materiali, così che, qualora la legge usasse la espressione "danno morale" potrebbe sorgere il dubbio, se per la risarcibilità del danno morale sia necessario che esso abbia anche dei riflessi patrimoniali. Nel sistema del codice, invece, il danno morale che si associa a detrimenti patrimoniali è risarcibile come danno patrimoniale, mentre il danno morale, che non riguarda in alcun modo il patrimonio, è risarcibile solo come tale, cioè come danno non patrimoniale. Si aggiunga che danno morale si contrappone piuttosto a danno fisico che a danno non patrimoniale, e il danno*

fisico può essere, a seconda dei casi, patrimoniale o non patrimoniale (Relazione ministeriale al Re Imperatore, § 92).

Deve quindi concludersi che:

(a) l'espressione adottata dal legislatore nel 1942 ("danno non patrimoniale") era un sinonimo di quella adottata negli ottanta anni precedenti ("danno morale"), e fu scelta solo per evitare le ambiguità da quest'ultima suscitata;

(b) prima dell'intervento delle SS.UU. del 1924³, con l'espressione "danno morale" si designava *non solo* il mero patema d'animo, *ma anche* la lesione in sé e per sé considerata a beni personali: la vita, la salute, l'onore o la reputazione.

Questa analisi storica non consente dubbi sul fatto che il legislatore del 1942, scrivendo l'art. 2059 c.c., non intese introdurre alcuna artificiosa e cerebrina distinzione tra "danno non patrimoniale" e "danno morale", ma intese semplicemente sostituire una nuova espressione a quella invalsa nell'uso, per evitare i dubbi e le incertezze che quest'ultima aveva sollevato.

Nondimeno, dopo l'entrata in vigore del codice del 1942 la giurisprudenza non sembrò trarre le dovute conseguenze dai lavori preparatori del codice e dallo sviluppo storico sopra ricordato. Forse perché reduce da un ventennio di proclamata irrisarcibilità del danno non patrimoniale (il "vecchio" danno morale di prima del 1924), essa interpretò l'art. 2059 c.c. in modo riduttivo, ritenendo prevalentemente che il "danno non patrimoniale" ivi previsto:

(a) consistesse unicamente nel "danno morale";

(b) quest'ultimo si identificasse unicamente col patema d'animo, e per giunta **transeunte**⁴.

Ambedue queste opinioni avevano tuttavia malfermo appoggio: la prima, come si è appena visto, cozzava contro i lavori preparatori del codice civile. L'altra - e cioè essere il danno morale necessariamente transeunte - cozzava contro nozioni di fatto rientranti nella comune esperienza: come ritenere "transeunte" il dolore causato da devastanti menomazioni personali, o dalla morte di uno strettissimo congiunto?

Anche la tesi della natura "transeunte" del danno morale - e la sua intrinseca debolezza giuridica - si comprende appieno sol che se ne esamini la genesi e lo sviluppo.

³ Cass. 20 ottobre 1924, in Giur. it., 1924, I, 1, 952, la quale, come si è visto al § precedente, sancì la irrisarcibilità del danno morale.

⁴ Appare superfluo qualsiasi riferimento, trattandosi di massima reiterata e tratizia. Si è riscontrata una sola eccezione a tali affermazioni di principio: quella di Cass. 27 luglio 1973 n. 2213, la quale ritenne che il danno morale causato dalla morte di una persona cara potesse consistere non solo nel trauma psichico immediato, ma anche nel "*mutamento di una data situazione soggettiva ed oggettiva, resa deteriorata dall'illecito sotto il profilo spirituale e morale*".

All'epoca in cui il Gabba negò la risarcibilità dei danni morali (si veda il § precedente), tra i vari argomenti addotti a sostegno della tesi della irrisarcibilità si invocò anche quello secondo cui il danno morale non sarebbe risarcibile "perché transeunte". Osservò, al riguardo, il medesimo Gabba: *"che si chiami danno un'offesa al decoro, alla libertà, od uno dei tanti patemi morali, che sì larga parte hanno nella giurisprudenza odierna del danno morale, non è ammesso, nè ammissibile [sic]. Imperocchè dall'idea di danno non è (...) separabile (...) l'idea di un effetto penoso durevole, cioè di una diminuzione durevole, di benessere, sia morale, sia materiale, durevole effetto, durevole diminuzione fintantochè risarcita non sia, se risarcire si può. Ora le offese al decoro, alla libertà personale, i patemi dell'animo sono fenomeni ed effetti morali passeggeri, mentre sono invece durevoli fenomeni ed effetti morali quegli altri accennati prima"* (Gabba, Nota senza titolo in *Giur. it.*, 1896, I, 2, 581; l'enfasi è aggiunta).

Questa opinione, all'epoca in cui venne formulata, non fu condivisa dalla dottrina né dalla giurisprudenza dell'epoca. Ad essa obiettò il Minozzi che *"il dire che è la durata della sensazione dolorosa e non la sensazione stessa che fa ritenere la esistenza giuridica di un danno, non pare esatto. Tutt'al più, la durata maggiore o minore di un effetto penoso potrebbe influire sulla valutazione maggiore o minore del danno, ma non sulla sua esistenza, la quale si determina contemporaneamente e necessariamente all'apparire dell'effetto penoso, dell'avvenuta diminuzione di benessere per la diminuzione o perdita di un bene giuridico. Il danno non è l'effetto durevole di questi fenomeni. ma è il fenomeno stesso, è l'effetto penoso nella sua essenza, o fin dalla sua apparizione"* (Minozzi, *Studio sul danno non patrimoniale*, Milano 1901, 45). E di rincalzo il Cesareo Consolo, ricorrendo anche all'arma dell'ironia, osservò: *"dice il Gabba che le offese al decoro, alla libertà personale. i patemi dell'animo, sono fenomeni ed effetti morali passeggeri (...). Ma non comprendiamo come mai la scemata considerazione sociale di urta persona possa avere un effetto penoso durevole, mentre le offese al decoro, alla libertà personale, i patemi dell'animo possono ritenersi fenomeni ed effetti morali passeggeri (...). L'ingiuria, la diffamazione, l'offesa al decoro si verificano in dati momenti, ma continuano a rimanere cause di effetti penosi. Noi domanderemmo all'illustre professore Gabba se offeso nel suo onore, nel suo decoro da un maligno qualsiasi, ne risentirebbe un effetto morale passeggero!"* (Cesareo Consolo, *Trattato del risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, Torino, 1908, 229).

Tuttavia quando le tesi del Gabba sulla irrisarcibilità del danno morale ed i loro annessi concettuali vennero, come si è visto al § precedente, recepite dalla Cassazione a Sezioni

Unite (Cass. 20 ottobre 1924, in Giur. it., 1924, I, 1, 952), tra i vari argomenti spesi a sostegno della tesi della irrisarcibilità del danno morale venne utilizzato anche quello della natura transitoria di esso: e tale opinione si trascinò e si perpetuò anche dopo l'entrata in vigore del codice del 1942⁵, nonostante anche la dottrina successiva al 1942 ne segnalasse l'erroneità (per tutti si veda Brasiello, *I limiti della responsabilità per danni*, Milano, 1959, 394-395, secondo cui *"l'assunto che dall'idea del danno sia inseparabile quello d'un effetto penoso durevole è inaccettabile: la permanenza o temporaneità dell'effetto penoso, la durata maggiore o minore, sono elementi che si attengono solo al quantitativo, all'entità del danno, ed anche nel sistema odierno i danni si distinguono in permanenti e transitori.*

Come il male morale, anche il materiale può essere di carattere permanente o transitorio, di durata maggiore o minore, ed il criterio della lunghezza o della brevità della sofferenza può servire solo di base per la misura dell'indennizzo. Del resto, anche un patema d'animo può durare permanentemente, o per un tempo assai apprezzabile: la perdita di un figlio è una piaga dell'anima il più delle volte insanabile").

Furono perciò molto poche, sino ad epoca relativamente recente, le decisioni in cui si ammise che il danno morale potesse avere in qualche caso carattere permanente⁶.

Il principio della natura necessariamente transeunte del danno morale cominciò tuttavia ad entrare in crisi già qualche anno fa, allorché la S.C., chiamata ad esaminare un caso in cui la vittima di lesioni era deceduta per cause indipendenti da queste ultime, ritenne che il danno non patrimoniale da essa patito (tanto biologico quanto morale) andasse liquidato tenendo conto non già della durata probabile della vita del defunto, ma della sua durata effettiva⁷: così mostrando di ritenere che il danno morale non abbia carattere transeunte, giacché altrimenti non avrebbe senso tenere conto della durata effettiva della vita della vittima. Dunque affermare che la durata effettiva della vita della vittima incide sul *quantum* del danno non patrimoniale significa ammettere, implicitamente ma chiaramente, che quest'ultimo non è transeunte.

Le incertezze sulla coincidenza o meno dei concetti di "danno morale" e "danno non patrimoniale" investirono, all'indomani dell'entrata in vigore del codice del 1942, anche la

⁵ Probabilmente per quel fenomeno di "viscosità" degli orientamenti giurisprudenziali, per effetto del quale talora massime ormai divenute consolidate restano tali anche dopo il mutamento del quadro normativo.

⁶ In questo senso si registrano soltanto due decisioni prima del 2008: si tratta di Cass. 30 luglio 1968 n. 2731, in Foro it., 1968, I, 2438, e Cass. 19 aprile 1974 n. 1079, inedita.

⁷ Cass., 12 dicembre 2003, n. 19057, in Assicurazioni, 2004, II, 2, 32; Cass., 25 febbraio 2004, n. 3806, in Arch. circolaz., 2004, 752.

dottrina, la quale si divise tra quanti ritenevano che quella di “danno non patrimoniale” fosse nozione ampia, comprensiva di qualsiasi pregiudizio privo del carattere della patrimonialità, salvo discutere poi se “non patrimoniale” dovesse essere il bene danneggiato o l’interesse leso (Ravazzoni, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, 82), e quanti invece ritenevano che l’art. 2059 c.c. disciplinasse non già tutti i danni non patrimoniali, ma solo una ristretta aliquota di essi, e cioè i danni “moralì”, intesi quali pregiudizi “pertinenti alla sfera intima del danneggiato” [Scognamiglio, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in Riv. dir. civ., 1957, 277]⁸.

2.1.3. La distinzione giurisprudenziale tra danno biologico e danno morale.

La tradizionale tesi secondo cui il danno non patrimoniale si identifica col danno morale, e questo a sua volta coi soli patemi d’animo transeunti, che come si è visto era figlia più di una tradizione acriticamente recepita che di una riflessione analiticamente condotta, ricevette nuova linfa negli anni ’80, allorché la Corte di cassazione prima, e quella costituzionale poi, ammisero la autonoma risarcibilità del danno biologico.

Per conciliare la risarcibilità della lesione - anche in assenza di reato - con il limite risarcitorio di cui all’art. 2059 c.c., la giurisprudenza adottò la tesi secondo cui quest’ultima norma concernesse unicamente “il danno morale soggettivo”, inteso quale patema d’animo, e quindi non si occupasse dei pregiudizi non patrimoniali scaturenti dalla lesione di diritti fondamentali, come tali disciplinati dall’art. 2043 c.c..

Sicché l’identificazione tra “danno non patrimoniale” ex art. 2059 c.c. e “danno morale”, ereditata dall’esperienza giuridica del XIX sec., divenne funzionale a giustificare l’autonoma risarcibilità del danno alla salute⁹.

Questo orientamento produsse tuttavia un “effetto domino”, ovvero uno svuotamento dell’art. 2059 c.c.: se, infatti, il danno biologico era davvero diverso dal patema d’animo, ed autonomamente risarcibile ex art. 2043 c.c. in quanto lesivo di un diritto costituzionalmente

⁸ Conseguenza logica di questa impostazione era l’affermazione che i fatti illeciti i quali avessero vulnerato diritti inviolabili dell’individuo generavano un danno *diverso dal morale*, e come tale non soggetto alle restrizioni risarcitorie di cui all’art. 2059 c.c., ma risarcibile sempre e comunque, per il solo fatto della lesione, a prescindere dalle ulteriori conseguenze dannose, ai sensi dell’art. 2043 c.c.. (Scognamiglio, op. cit., 288). Doveva pertanto superarsi, secondo questa impostazione, la distinzione tra danni patrimoniali e danni non patrimoniali, e sostituirsi ad essa l’altra distinzione tra *danno giuridicamente rilevante* (sia esso personale o patrimoniale), e dunque risarcibile, e *danni morali*, che per il nostro ordinamento sono rilevanti solo eccezionalmente. A questi ultimi, e soltanto ad essi, faceva riferimento l’art. 2059 c.c., con la conseguenza che il danno da lesione dei diritti fondamentali dell’individuo, il quale è danno giuridicamente rilevante, sarebbe risarcibile a prescindere dall’esistenza d’un reato.

⁹ Rossato, Considerazioni in tema di risarcimento del danno non patrimoniale. Una comparazione economico-giuridica, in Riv. dir. civ. 2000, II, 60-61.

garantito, a conclusioni analoghe poteva pervenirsi per sottrarre all'ambito di applicazione dell'art. 2059 c.c. qualsiasi pregiudizio non patrimoniale consistente nel *vulnus* di interessi della persona costituzionalmente garantiti (il che indusse qualche autore a ritenere che l'espressione "danno non patrimoniale" avesse un valore "più che altro dogmatico e classificatorio"¹⁰).

2.1.4. La crisi e l'abbandono dell'impostazione tradizionale.

L'orientamento che negava l'assimilazione tra danno morale (inteso quale patema d'animo) ed altri danni non patrimoniali (orientamento, come si è visto, funzionale allo scopo di sottrarre questi ultimi al limite di cui all'art. 2059 c.c.) cominciò ad entrare in crisi all'inizio degli anni Novanta.

La tradizionale identificazione del danno definito "morale" col solo pregiudizio psichico venne abbandonata per prima in tema di risarcimento del danno patito da persone giuridiche. Rispetto a queste ultime non era infatti concepibile alcuna "sofferenza psichica"; sicché a tenere ferma la tradizionale impostazione si sarebbe dovuto negare il risarcimento del danno non patrimoniale alle persone giuridiche vittime di reato. Così la S.C. cominciò a negare, sia pure in questo settore particolare, l'identificazione del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. col solo patema d'animo soggettivo e transeunte. La sentenza capostipite in tal senso è Cass. 10 luglio 1991 n. 7642, in Giust. civ., 1991, I, 1955, la quale ritenne il danno non patrimoniale comprensivo "*di qualsiasi conseguenza pregiudizievole di un illecito che, non prestandosi ad una valutazione monetaria basata su criteri di mercato, non possa essere oggetto di tecnico risarcimento, sibbene di riparazione*"¹¹.

Un altro fiero colpo all'impostazione tradizionale, che identificava il danno morale con la sola sofferenza transeunte, fu assestato (inconsapevolmente) dalle due coeve decisioni con le quali la S.C. interpretò in senso costituzionalmente orientato l'art. 2059 c.c., chiarendo che il risarcimento del danno non patrimoniale è consentito non solo nei casi previsti dalla legge, ma anche in tutte le ipotesi in cui l'illecito leda un diritto della persona costituzionalmente garantito (Cass., sez. III, 31-05-2003, n. 8827 e Cass., sez. III, 31-05-2003, n. 8828, ambedue in Danno e resp., 2003, 816 e ss.).

¹⁰ Monateri, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, 297.

¹¹ Successivamente, nello stesso senso, Cass. 5 dicembre 1992 n. 12951, in Foro it., 1994, I, 561; Cass. 3 marzo 2000 n. 2367, in Danno e resp., 2000, 490; Cass. 16 luglio 2004 n. 13163, in Giust. civ., 2005, I, 1579; Cass. 4 giugno 2007 n. 12929, in Danno e resp., 2007, 1236.

Con queste decisioni infatti la S.C. stabilì che:

- (a) tutti i danni si dividono in patrimoniali e non patrimoniali, e non esistono *tertia genera*;
- (b) il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. ha natura omnicomprensiva;
- (c) anche quando l'illecito non integri gli estremi di un reato, il danno non patrimoniale è sempre risarcibile nel caso di offesa a diritti della persona di rilievo costituzionale.

Così interpretato l'art. 2059 c.c., veniva meno sia il presupposto teorico, sia lo scopo pratico, della distinzione tra danno morale e danno non patrimoniale.

Il presupposto, infatti, era rappresentato dall'assunto che l'art. 2059 c.c. riguardasse solo una aliquota di tutti i danni non patrimoniali, là dove la S.C. affermò invece nelle sentenze appena ricordate l'esatto opposto, e cioè che l'art. 2059 c.c. disciplina tutte le ipotesi di danno non patrimoniale.

Lo scopo pratico della distinzione tra danno morale e danno non patrimoniale era quello di sottrarre il danno biologico al limite risarcitorio previsto dall'art. 2059 c.c., ed anche questa necessità venne meno allorché si stabilì che, reato o non reato, la lesione della salute è sempre risarcibile, perché incidente su un diritto della persona garantito dall'art. 32 cost.¹².

Il colpo di grazia alla ormai anacronistica distinzione tra danno morale e danno biologico è stato ora inferto dalle Sezioni Unite con la sentenza che si annota. Queste ultime, riprendendo e sviluppando i principi già affermati dalle sentenze del 2003 sopra ricordate, hanno affermato *ore rotundo* che la *“tradizionale figura del c.d. danno morale soggettivo transeunte va definitivamente superata. La figura, recepita per lungo tempo dalla pratica giurisprudenziale, aveva fondamento normativo assai dubbio, poiché né l'art. 2059 c.c. né l'art. 185 c.p. parlano di danno morale, e tantomeno lo dicono rilevante solo se sia transitorio, ed era carente anche sul piano della adeguatezza della tutela, poiché la sofferenza morale cagionata dal reato non è necessariamente transeunte, ben potendo l'effetto penoso protrarsi anche per lungo tempo (...)”*.

Va conseguentemente affermato che, nell'ambito della categoria generale del danno non patrimoniale, la formula "danno morale" non individua una autonoma sottocategoria di danno, ma descrive, tra i vari possibili pregiudizi non patrimoniali, un tipo di pregiudizio, costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal reato in sé considerata. Sofferenza la

¹² Nell'immediatezza, però, la stessa S.C. non trasse le debite conseguenze da queste affermazioni di principio: ed infatti nelle stesse sentenze 8827/03 ed 8828/03, citate nel testo, si continua a considerare il danno morale e quello biologico come entità “ontologicamente” diverse.

cui intensità e durata nel tempo non assumono rilevanza ai fini della esistenza del danno, ma solo della quantificazione del risarcimento”¹³.

Da questa affermazione di principio discende che rientra nel concetto di danno biologico ogni sofferenza fisica o psichica provata dalla vittima, che di quel danno “*per sua natura intrinseca costituisce componente*”, e che “*determina quindi duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno morale (...), sovente liquidato in percentuale (da un terzo alla metà) del primo. Esclusa la praticabilità di tale operazione, dovrà il giudice, qualora si avvalga delle note tabelle, procedere ad adeguata personalizzazione della liquidazione del danno biologico, valutando nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro del danno nella sua interezza”¹⁴.*

Ciò non vuol dire, come qualche frettoloso commentatore sembra ritenere, che la sofferenza morale causata dalle lesioni non debba più essere risarcita. La sofferenza resta un danno, e come tale è risarcibile se derivante da una lesione della salute o comunque da un fatto reato. Quel che deve escludersi è che il medesimo pregiudizio (la sofferenza) possa essere liquidato due volte, dapprima a titolo di danno biologico e quindi a titolo di danno morale. Delle particolari sofferenze causate dall’infortunio il giudice dovrà quindi tenere conto non liquidando una posta di danno aggiuntiva rispetto al danno biologico, ma adeguatamente personalizzando la liquidazione di quest’ultimo.

Quanto alla incidenza di questo nuovo orientamento delle Sezioni Unite sui criteri di liquidazione, per organicità di esposizione dirò meglio diffusamente tra breve allorché si tratterà della *aestimatio* del danno (*infra*, ***).

2.2. Le conseguenze del principio: (b) il danno morale causato dalla morte di un congiunto.

Le medesime considerazioni appena svolte valgono anche per la liquidazione del danno patrimoniale causato dalla morte di un prossimo congiunto.

“Danno morale”, “danno da perdita del rapporto parentale”, “danno esistenziale” non sono che formule diverse per designare uno ed un solo tipo di pregiudizio, di natura omnicomprensiva. Ciò vuol dire che, così come si è visto per l’ipotesi di danno alla salute,

¹³ Cass. 26972/08, cit., § 2.10 dei “Motivi della decisione”.

¹⁴ Cass. 26972/08, cit., § 4.8 dei “Motivi della decisione”.

le conseguenze di un evento luttuoso derivante da un fatto illecito debbono essere unitariamente considerate.

Quanto ai criteri di liquidazione del danno in esame, anch'essi saranno esaminati più oltre, ***.

2.3. Le conseguenze del principio: (c) il danno biologico.

La decisione delle SS.UU. ha confermato l'inquadramento tradizionale che ravvisa nel danno alla salute le conseguenze pregiudizievoli di una lesione dell'integrità psicofisica. Esso, inoltre, consente di risolvere definitivamente alcuni perduranti malintesi ed equivoci sulla nozione in esame. In particolare, per effetto della decisione qui in rassegna dovrà essere definitivamente abbandonata (da quei pochi che ancora la condividono) la astratta distinzione tra "danno biologico statico" e "dinamico".

Vediamo il perché.

Secondo un orientamento molto risalente il "danno alla salute" coinciderebbe con la mera compromissione dell'integrità psicofisica, a prescindere da qualsiasi accertamento concreto sulle ripercussioni concrete che tale pregiudizio potrà avere sulla vita della vittima. Basterebbe, dunque, la mera dimostrazione di un'alterazione biologica del corpo o della psiche per acquisire il diritto al risarcimento: anche se chi l'ha patita non ne ha risentito pregiudizio. Così, ha diritto al risarcimento secondo la tesi in esame anche il paralitico che abbia patito la frattura dell'arto paralizzato.

I sostenitori di questa tesi fondano il proprio convincimento sul seguente sillogismo:

- (a) il danno giuridico consiste nella mera lesione di un interesse protetto dall'ordinamento;
- (b) la salute è un diritto soggettivo perfetto dell'individuo, e di conseguenza anche un suo interesse;
- (c) *ergo* la compromissione dell'integrità psicofisica, in quanto lesione *ex se* della salute, fa sorgere automaticamente il diritto al risarcimento.

L'orientamento in esame non nega che eventuali ripercussioni negative della lesione della salute, concretamente accertate, debbano essere tenute in considerazione per una corretta quantificazione del risarcimento, ma nega che tali ripercussioni debbano sussistere sempre e comunque per acquisire il diritto al risarcimento. Il danno biologico sussisterà quindi sol che sia dimostrata l'esistenza della lesione fisica o psichica: se da tale lesione sono derivate conseguenze pregiudizievoli, di queste si terrà conto al fine di variare la liquidazione; se non ne sono derivate, il risarcimento sarà comunque dovuto nella sua misura *standard*.

Sulla base di tali assunti, l'orientamento in esame distingue tra il **danno biologico "statico"**, rappresentato dalla lesione della salute in sé e per sé considerata, ed il **danno biologico "dinamico"**, rappresentato dalle conseguenze pregiudizievoli della lesione¹⁵. Il primo sarebbe un danno *in re ipsa*, che non richiederebbe altra prova che quella dell'esistenza della lesione; il secondo sarebbe invece un danno da accertare e provare caso per caso, sia pure attraverso ampio ricorso al fatto notorio (art. 115 c.p.c.) ed alle presunzioni semplici (art. 2727 c.c.).

Alla tesi secondo cui la lesione della salute costituisce un danno in sé (c.d. danno biologico statico), anche quando non ne siano derivate conseguenze pregiudizievoli, vennero mosse varie obiezioni.

La **prima obiezione** investì la matrice culturale della tesi del danno *in re ipsa*. Questa, come si ricorderà, si fondava sulla distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza (il danno è la lesione stessa del diritto, il danno-evento, anche quando non ne siano derivate conseguenze pregiudizievoli).

La dottrina avversa a tale distinzione ritenne di ravvisarne il germe in una vecchia tesi di Francesco Carnelutti, la quale identificava il danno con la lesione dell'interesse, e non con la perdita di un'utilità¹⁶. A quella tesi si obiettò che essa aveva ragione di esistere nel campo del diritto penale, ove effettivamente la violazione dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice può costituire un "danno" per la collettività¹⁷. Nel campo del diritto civile, invece, non vi sono reati da sanzionare, ma perdite da compensare. La

¹⁵

Un autorevole giudice del tribunale di Genova, estensore delle prime decisioni che proclamarono l'autonoma risarcibilità del danno alla salute, scrisse tra l'altro: "[deve] essere chiaro che il danno biologico, quale evento naturalistico, ha due aspetti del tutto indissolubili: da un lato, diciamo sotto il profilo statico, è costituito dalla menomazione stessa dell'integrità fisiopsichica (ad esempio la perdita di un arto, la lesione di un organo, ecc.) e dall'altro, cioè sotto il profilo dinamico, dalla corrispondente riduzione della validità del soggetto leso, intesa quale sua preesistente potenzialità e funzionalità fisica e psichica (...). Col termine "invalidità" non ci si deve riferire alla concreta attitudine a svolgere le quotidiane attività precedentemente svolte dal soggetto leso, bensì alla sua astratta preesistente potenzialità di svolgere qualsiasi attività.

Sarebbe infatti del tutto illegittimo valutare differentemente, in termini di riduzione della validità, le menomazioni dell'integrità fisiopsichica di un soggetto che svolge scarse attività, rispetto a quella di un soggetto particolarmente attivo" (Barone, *** in *** 1990, 106).

¹⁶ Carnelutti, *Il danno e il reato*, Padova 1926, *passim*, ma specialmente 17 e ss.. Secondo questa tesi, poiché quello alla salute è un interesse giuridicamente protetto dall'art. 32 cost., la semplice lesione dell'integrità psicofisica obbligherebbe l'autore dell'illecito al risarcimento del danno.

L'opinione secondo cui la Consulta, con la distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza, si sarebbe rifatta al Carnelutti, è di Busnelli, *Il danno risarcibile: problemi e prospettive*, in *Nuovi orientamenti e nuovi criteri per la determinazione del danno*, Atti dell'Incontro di studio per i magistrati, Trevi 30 giugno - 1 luglio 1989, *Quaderni del CSM*, Roma, 1990, 33.

¹⁷ Mastropaolo, *Il danno biologico tra meriti e miti*, in *Nuovi orientamenti e nuovi criteri per la determinazione del danno*, Atti dell'Incontro di studio per i magistrati, Trevi 30 giugno - 1 luglio 1989, *Quaderni del CSM*, Roma, 1990, 212, ed ivi gli ulteriori riferimenti alla dottrina penalista.

responsabilità civile non ha una funzione sanzionatoria, ma eminentemente “compensativa”, con la conseguenza che ciò che deve essere valutabile economicamente, ai fini del risarcimento, non è il danno in sé, ma **le conseguenze sfavorevoli** di esso¹⁸.

La **seconda obiezione** mossa alla tesi del danno biologico come pregiudizio *in re ipsa* si fonda sulla inaccettabilità delle conseguenze cui essa condurrebbe.

Se si risarcisse la mera lesione dell’integrità psicofisica in modo uguale a parità di lesione, e prescindendo dalle conseguenze concrete che la lesione ha avuto sulla vita del danneggiato, il risarcimento perderebbe ogni funzione compensativa, per trasformarsi in una vera e propria sanzione privata, imposta all’offensore ed a vantaggio dell’offeso.

E’ stato osservato a questo riguardo che “*se si identificasse lesione con danno, otterremmo conseguenze assurde. Supponiamo che un uomo in coma o, meglio, in stato vegetativo persistente, perda un centimetro quadrato di pelle, perché ustionato dall’incauto uso di uno strumento cauterizzante da parte di un infermiere. Vi è un danno che dia diritto al risarcimento in favore di quest’uomo in coma? (...). Ma (...) l’ustione sul centimetro quadrato di pelle (...) costituisce (...) danno biologico? Potrebbe dire sì solo chi identifichi quest’ultimo in qualsiasi alterazione materiale dello stato anteriore del corpo umano: anche un pelo strappato, anche un’unghia spezzata sarebbero allora danno biologico*”¹⁹.

La **terza obiezione** mossa alla tesi del danno biologico come danno *in re ipsa* si incentra sulla nozione di danno, e contesta che questo possa sussistere anche in assenza di una perdita, di tipo patrimoniale o non. Il concetto di danno, si è affermato a tal riguardo, implica necessariamente l’idea della “perdita”. Non basta, cioè, che sia leso un interesse perché possa ritenersi sussistente un danno in senso proprio: è necessario, invece, che dalla lesione dell’interesse sia conseguita una perdita patrimoniale o di altro tipo. Pertanto, se si facesse coincidere il danno biologico con la mera lesione dell’integrità psicofisica, anche se essa non ha avuto conseguenze peggiorative della vita del soggetto, si risarcirebbe un “danno” che non ha causato perdite. In questo senso la tesi del danno biologico come danno strutturale è stata definita, senza mezzi termini, un “errore”²⁰.

La **quarta obiezione** che si può muovere alla tesi del danno biologico come danno *in re ipsa* è di natura medico legale. Si è già accennato al fatto che il danno biologico ha

¹⁸ Così già Scognamiglio, *Risarcimento del danno*, in *Novissimo Dig.*, XVI, Torino, 1969, 464; nonché, con riferimento al danno biologico, Busnelli, *Il danno risarcibile: problemi e prospettive*, in *Nuovi orientamenti e nuovi criteri per la determinazione del danno*, Atti dell’Incontro di studio per i magistrati, Trevi 30 giugno - 1 luglio 1989, *Quaderni del CSM*, Roma, 1990, 34-35.

¹⁹ Mastropaolo, op. ult. cit., 212-213.

²⁰ Busnelli, *Tre “punti esclamativi”, tre “punti interrogativi”, un “punto e a capo”*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 3037.

fondamento medico legale, nel senso che presuppone necessariamente l'esistenza d'una lesione fisica o psichica. Ebbene, per la medicina legale il danno alla persona giuridicamente rilevante non è qualsiasi lesione dell'integrità psicofisica, ma soltanto quella lesione la quale abbia *causato una disfunzione* in uno qualsiasi dei molteplici aspetti della vita del danneggiato. Valgano, al riguardo, le parole di un insigne medico legale, Cesare Gerin, il quale affermò in modo nitido che *"in sede medico-legale il concetto di danno si identific[a] con quello di disfunzionalità e cioè con quello di alterata funzionalità, che a sua volta significa alterata attività, alterata operanza, alterata capacità di espansione nell'ambito della vita sociale (...).*

*Questa è la ragione per cui si insegna che carattere primario del danno di rilevanza medico-legale è quello di "alterata funzione": si parla, cioè, e a ragion veduta, di "danno funzionale". Se non vi sarà modificazione peggiorativa di una o di più funzioni il danno alla persona non avrà interesse medico-legale, qualunque sia il rapporto giuridico cui la fattispecie ha dato origine"*²¹.

Non dunque, la lesione in sé e per sé costituisce il danno valutabile per il medico legale, ma le conseguenze peggiorative che ne sono derivate. Se dunque il danno biologico ha base medico legale, e se per la medicina legale il danno biologico è una perdita "disfunzionale", altro non potrà essere per il giurista. Come bene ha osservato un altro insigne medico legale, Alessandro Chini, *"il carattere sempre disfunzionale del danno alla salute (...) è il presupposto per poterlo considerare come medico-legalmente rilevante e tale carattere va particolarmente sottolineato perché è forse una sua non perfetta conoscenza e comprensione che ha portato ad un'ingiustificata moltiplicazione delle voci di danno spesso non chiaramente definite, talora sovrapponibili l'una all'altra e, tra loro, spesso concettualmente sinonimi"*²².

Il danno alla salute, pertanto, dovrebbe essere definito come modificazione peggiorativa dello stato anteriore, a ripercussione disfunzionale nel senso più esteso del termine, con possibilità di un'incidenza negativa sulla vita produttiva della persona lesa e comunque pregiudizievole, oltre che della sua vita di relazione e della sua sfera vegetativa, di tutto

²¹ Gerin, *La valutazione medico-legale del danno alla persona in responsabilità civile*, Milano, 1973, 15-17.

²² Parole profetiche, se si ha riguardo all'epoca in cui vennero scritte, rispetto al profluvio di categorie di danni (edonistici, esistenziali, parentali ecc.) che di lì a poco avrebbero invaso le aule di giustizia, e che hanno reso necessario l'intervento delle Sezioni Unite per mettere un po' d'ordine (Cass. sez. un. 11.11.2008 n. 26972, in ***).

quanto afferisce ad un individuo con riferimento anche alla sua vita culturale, sociale ed esistenziale: alterazione, per concludere, [dello] stato di salute”²³.

Per il medico legale quindi lesione dell'integrità psicofisica e conseguenze derivatene sono concetti che vanno tenuti distinti, *tanto è vero che la gravità della lesione non è affatto proporzionale alla gravità delle conseguenze*. Il distacco della retina in un soggetto non vedente costituisce una lesione grave dalle conseguenze minime se non nulle; al contrario l'abbassamento di 1/10 del *visus* in un soggetto monocolo costituisce una lesione lieve, ma dalle rilevanti conseguenze.

Le obiezioni alla tesi del danno biologico *in re ipsa*, di cui si è detto sin qui, sono state fatte proprie - in vario modo - sia dalla Corte costituzionale, sia dalla Corte di cassazione, ambedue contrarie a ritenere che la sola lesione della salute costituisca di per sé un danno, ove non ne siano derivate conseguenze pregiudizievoli.

Il **giudice delle leggi**, che nel 1986 aveva ravvisato nella lesione della salute un danno *in re ipsa*²⁴, nel 1994 cambiò clamorosamente idea. In quell'anno la Consulta, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c. nella parte in cui non consentiva la risarcibilità agli eredi del c.d. “danno biologico da morte”²⁵, ha negato che basti la prova della lesione psicofisica per pretendere il risarcimento. “*La prova della lesione - si legge nella sentenza - è, in re ipsa, prova dell'esistenza del danno (atteso che da una seria lesione dell'integrità fisio-psichica difficilmente si può guarire in modo perfetto), [ma] ai fini del risarcimento è sempre necessaria la prova ulteriore dell'entità del danno, ossia la dimostrazione che la lesione ha prodotto una perdita di tipo analogo a quello indicato dall'art. 1223 c.c., costituita dalla diminuzione o privazione di un valore personale (non patrimoniale), alla quale il risarcimento deve essere (equitativamente) commisurato*”²⁶.

La Corte costituzionale non sarebbe potuta essere più esplicita nell'affermare che la dimostrazione della lesione dell'integrità psicofisica non è sufficiente ad ottenere il risarcimento: quest'ultimo infatti sarà dovuto solo se dimostrata “la diminuzione o privazione di un bene personale”. È ovvio che, nella stragrande maggioranza dei casi, questa dimostrazione potrà agevolmente essere fornita col ricorso alla prova presuntiva (art. 2727 c.c.), in quanto l'esistenza d'una lesione, di norma, consente di affermare che la

²³ Chini, *Semeiotica medico-legale*, Roma, 1988, 367.

²⁴ Corte cost., 14-07-1986, n. 184, in Foro it., 1986, I, 2053.

²⁵ Su tale questione si veda *infra*, ***.

²⁶ Corte cost. 27.10.1994 n. 372, in Giust. civ., 1994, I, 3029.

vita di chi l'ha patita ne sarà negativamente influenzata. A livello teorico, tuttavia, la precisazione della Corte costituzionale assume un rilievo fondamentale per potere definire il danno biologico come un **danno disfunzionale**: esso, cioè, sussiste ove sia dimostrato un peggioramento nella qualità della vita del soggetto leso.

Anche la Corte di cassazione, in una nutritissima serie di decisioni, ha mostrato in modo chiaro di non condividere la tesi del danno biologico come danno *in re ipsa*.

Sin dalle prime due "storiche" sentenze con le quali venne ammessa la piena risarcibilità della lesione della salute in quanto tale, la Corte ha fatto riferimento al danno biologico non come lesione dell'integrità psicofisica, ma come "*perdita delle funzioni*" naturali afferenti al soggetto nell'ambiente in cui la vita si esplica ed aventi rilevanza non solo economica, ma anche biologica, sociale, culturale ed estetica²⁷.

Secondo la Corte, dunque, la lesione fisica o psichica è soltanto il "substrato" del danno biologico, ma non si identifica affatto con esso. Il danno in questione consiste invece nelle rinunce cui la lesione ha costretto il danneggiato, ovvero con la perdita di funzioni esistenziali sofferta dal leso.

Estremamente importante, al fine di inquadrare il danno biologico come danno disfunzionale, è la decisione pronunciata da Cass. 357/93, ove si afferma che la fattispecie astratta "danno biologico" si compone di cinque elementi: "1) *l'evento biologico*; 2) *il danno alla salute*; 3) *l'illeceità*; 4) *la responsabilità*; 5) *la risarcibilità*."

Il primo (l'evento biologico), insieme con l'azione di cui è effetto, esprime "il fatto" a livello di fattispecie normativa. Esso consiste nella specifica lesione dell'organismo umano quale

²⁷ Cass. 6.6.1981 n. 3675, in Foro it., I, 1884, e Cass. 6.4.1983 n. 2396, in Giur. it., 1984, I, 1, 537.

Il richiamo alle "funzioni" perdute, alle "perdite funzionali", alla "funzionalità" dell'individuo negli anni '90 divenne quasi una clausola di stile nella giurisprudenza della Corte: si legge ad esempio nella motivazione di Cass. 6.12.1994 n. 10454, in Foro it. Rep., 1994, *Danni civili*, 169, che "per danno biologico deve intendersi la menomazione della integrità psico-fisica in sé considerata, in quanto incidente sul valore uomo in tutta la sua concreta dimensione, che non si esaurisce nella sola attitudine a produrre ricchezza, ma si ricollega alla somma delle funzioni naturali afferenti al soggetto nell'ambiente in cui la vita si esplica, e si estende quindi a tutti gli effetti negativi incidenti sul bene primario della salute, quale diritto inviolabile alla pienezza della vita ed all'esplicazione della propria personalità morale, intellettuale, culturale (...). Nella liquidazione il giudice deve considerare anche l'eventuale invalidità permanente, non già come menomata capacità di guadagno, ma come menomazione della salute fisio-psichica dello stesso, "prescindendo quindi dai riflessi sulla capacità di reddito del soggetto danneggiato" (...), e tutti i possibili profili di incidenza della menomazione del bene salute" (l'enfasi è aggiunta).

Nello stesso senso, si vedano anche Cass., 14-4-1984, n. 2422, in Resp. civ., 1984, 333; Cass. 20.8.1984, n. 4661, in Resp. civ., 1985, 211; Cass. 26.11.1984, n. 6134, in Riv. giur. lav., 1985, II, 689; Cass. 6.5.1988 n. 3367, in Foro it. Rep. 1988, *Danni civili*, 69; Cass. 5.9.1988, n. 5033, in Riv. giur. circolaz. trasp., 1989, 589; Cass. 4.12.1992, n. 12911, in Riv. critica dir. lav., 1993, 577; Cass. 14.10.1993, n. 10153, in Arch. circolaz., 1994, 17; Cass. 5.11.1994, n. 9170, in Foro it. Rep., 1994, *Danni civili*, 121; Cass. 10.3.1995, n. 4255, in Resp. civ., 1995, 519.

In altri casi, in modo ancora più esplicito, la Corte ha distinto la "pura lesione dell'integrità psicofisica (o danno fisiologico)", dal vero e proprio danno biologico (Cass. 10.12.1991 n. 13292, in Resp. civ., 1992, 222).

struttura complessa, fisica e psichica. Nei casi singoli, tale lesione deve essere accertata e descritta, analiticamente, nella sentenza.

Il secondo profilo (il danno alla salute, specificazione giuridica dell'evento biologico nella vicenda concreta) attiene alla persona concreta, in quanto diminuzione della "carica" o "dimensione" di quella vita, dovuta alla menomazione del grado d'integrità psico-fisica personale posseduto. Esso emerge da un giudizio di sintesi, che inquadri e "pesi" l'evento biologico (la lesione o le lesioni personali espresse necessariamente con definizioni mediche) nel preciso contesto organico e, in proiezione, nel quadro delle funzioni vitali in cui questo si estrinseca e si realizza. Anche questo profilo esige motivazione in sentenza²⁸.

La Corte di cassazione, nel brano di motivazione da ultimo riportato, è stata esplicita nell'affermare che la lesione dell'integrità psicofisica è suscettibile soltanto di **descrizione, non di valutazione**. Ciò che deve essere valutato, invece, è il "peso" che la lesione dell'integrità psicofisica ha prodotto sulla vita dell'individuo, cioè la riduzione di "carica vitale".

L'orientamento qui in esame, negli ultimi anni, è diventato assolutamente uniforme e costante, e non si contano le decisioni nelle quali la Corte di cassazione ha ribadito la necessità che il danno biologico debba essere valutato non con riferimento all'entità della lesione, ma con riferimento all'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Si legge ad esempio in una importante decisione che *"già la Corte costituzionale [il riferimento è a Corte cost. 27.10.1994 n. 372, in Giust. civ., 1994, I, 3029] ha avvertito il pericolo di confondere la lesione che determina il cosiddetto danno biologico con il risarcimento ed ha ritenuto necessaria la prova ulteriore dell' entità del danno, ossia la dimostrazione che la lesione ha prodotto una perdita di tipo analogo a quello indicato dall' art. 1223 c.c. (...).*

Detto in altre parole questo sta a sottolineare la natura particolare del danno biologico, per il quale non vale la regola che, verificatosi l' evento, vi sia senz'altro un danno da risarcire. Il risarcimento del danno vi sarà se vi sarà perdita di quelle utilità che fanno capo all' individuo nel modo preesistente al fatto dannoso e che debbono essere compensate con utilità economiche equivalenti.

In caso contrario il cosiddetto danno biologico non può essere configurato²⁹.

²⁸ Cass. 13.1.1993 n. 357, in Foro it. 1993, I, 1897; nello stesso senso Cass. 18.2.1993 n. 2008, in Riv. giur. circolaz. trasp. 1993, 790.

²⁹ Cass. 29.5.1996 n. 4991, in Foro it., 1996, I, 3107.

Per il giudice di legittimità la *quidditas* del danno biologico non va dunque individuata nell'esistenza d'una lesione dell'integrità psicofisica. Questa ne rappresenta il presupposto necessario (il "substrato", come affermato da Cass. 10.12.1991 n. 13292, in Resp. civ., 1992, 222), ma l'essenza del danno risiede nel "**valore umano**" **perduto**, ovvero nelle conseguenze negative che la lesione ha prodotto sulla vita del danneggiato³⁰.

Va infine ricordato che la definizione del danno biologico come danno disfunzionale, piuttosto che come mera lesione dell'integrità psicofisica, è condivisa dalla grande maggioranza dei giudici di merito, i quali considerano il danno in questione come fatto che limita le possibilità vitali del danneggiato, impedendogli di vivere lo stesso tipo e qualità di vita che avrebbe vissuto se non fosse stato attinto dalla lesione. Le formule adottate al riguardo dai giudici di merito sono piuttosto varie nella sintassi, ma sostanzialmente analoghe dal punto di vista semantico. Così, il danno biologico viene definito di volta in volta come fatto che preclude al danneggiato di avvalersi delle proprie **energie vitali** nella stessa misura possibile prima della lesione; lesione delle manifestazioni o **espressioni quotidiane** del bene salute, riguardanti sia attività lavorative che extralavorative; lesione del **valore uomo** in tutta la sua dimensione concreta; lesione del diritto alla pienezza della vita; lesione delle **funzioni naturali** del soggetto; lesione della personalità del soggetto con riferimento alla somma delle funzioni naturali che afferiscono al soggetto stesso nell'ambito dell'ambiente in cui vive. Varietà lessicale, dunque, ma sostanziale uniformità di concezione, che è quella secondo cui il danno biologico consiste in una perdita di qualità della vita³¹.

Tra i due orientamenti sopra sintetizzati il secondo, già condiviso dalla giurisprudenza assolutamente prevalente, è stato ora definitivamente confermato dalla decisione delle Sezioni Unite. Queste infatti, stabilendo da un lato che il danno biologico è un danno non

³⁰ Per la qualificazione del danno biologico in termini di "valore umano" perduto si vedano *ex permultis* Cass. 25.6.1997 n. 5675, in Dir. econ. ass., 1997, 1056; Cass. 24.6.1997 n. 5635, in Foro it. Rep., 1997, *Danni civili*, 224; Cass. 14.5.1997 n. 4236, in Foro it. Rep., 1997, *Danni civili*, 225; Cass. 15.11.1996 n. 10015, in Riv. giur. circolaz. trasp., 1997, 86; Cass. 11.11.1996 n. 9835, in Foro it. Rep. 1996, *Danni civili*, 188; Cass. 18.9.1996 n. 8344, in Riv. giur. circolaz. trasp., 1996, 945; Cass. 30.5.1996 n. 5005, inedita con riferimento al principio che qui interessa.

³¹ La giurisprudenza al riguardo è sterminata. Tra le tante decisioni si vedano Trib. Pisa 16.1.1985, in Riv. it. med. leg., 1987, 630; Trib. Roma 9.3.1987 n. 3014, in Riv. giur. circolaz. trasp., 1987, 670; Pret. Piedimonte Matese 1.8.1987, in Arch. circolaz., 1988, 842; Trib. Milano 12.12.1988 n. 1173, in Arch. circolaz., 1989, 405; App. Perugia 18.3.1989, in Arch. civ., 1990, 46; Trib. Macerata 20.12.1989, in Arch. circolaz., 1990, 398; App. L'Aquila 21.3.1990, in *PQM*, 1990, 26; Trib. Napoli 13.7.1990, in Arch. civ., 1991, 61; Trib. Pescara 5.3.1992, in Arch. circolaz., 1992, 1016; Trib. Firenze 30.6.1992, in Arch. circolaz., 1992, 1013; Trib. Milano 10.12.1992, in Resp. civ., 1993, 995; Trib. L'Aquila 2.11.1993, in Giur. merito, 1994, 852; Trib. Ancona 11.4.1994, in Arch. circolaz., 1994, 855 (quest'ultima sentenza si segnala per chiarezza sintattica ed esaustività della motivazione); Trib. Roma 14.4.1994, in Riv. giur. circolaz. trasp., 1994, 656; Trib. Firenze 7.6.1994, in Arch. circolaz., 1994, 1070; Giud. Pace Pordenone 9.5.1996, in Arch. circolaz., 1996, 825.

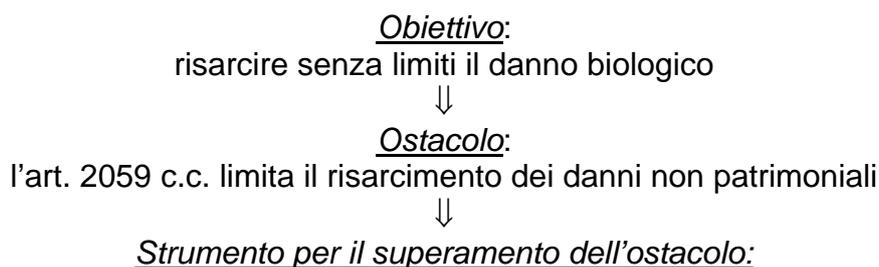
patrimoniale come tutti gli altri, e risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c.; e dall'altro che il danno non patrimoniale è una categoria ampia ed omnicomprensiva, hanno reso palese la insostenibilità della tesi secondo cui la lesione dell'integrità psicofisica costituirebbe un danno *in re ipsa*, dimostrando come quella concezione sia figlia di un equivoco e madre di un malinteso.

E' figlia di un equivoco, perché quella tesi costituì un corollario inevitabile di tutto l'arzigogolo creato dalla giurisprudenza per sostenere l'insostenibile, e cioè che il danno biologico non avesse natura "non patrimoniale", e fosse perciò sottratto alla limitazione risarcitoria prevista dall'art. 2059 c.c..

Ricordiamo brevemente la questione: come si è accennato, la giurisprudenza di merito nel momento in cui adottò l'innovativa nozione di danno alla salute fu costretta a cimentarsi col seguente problema: come risarcire tale danno anche in assenza di reato, senza violare l'art. 2059 c.c.. L'ostacolo da affrontare era duplice: da un lato sottrarre il danno biologico all'ambito di applicazione dell'art. 2059 c.c.; dall'altro trovare un altro fondamento normativo alla risarcibilità.

Quest'ultimo problema venne risolto affermando che l'art. 2043 c.c., in combinato disposto con l'art. 32 cost., consenta il risarcimento della lesione della salute, per il solo fatto che questa sia stata lesa.

Il primo problema venne invece risolto postulando che esistano vari tipi di danni non patrimoniali, e che l'art. 2059 c.c. (e la limitazione ivi imposta) riguardi uno solo di essi, il c.d. danno morale. Si trattava di una conclusione oggettivamente difficile da sostenere, posto che l'art. 2059 c.c. parla genericamente di "danni non patrimoniali", e per giustificarla i giudici addussero vari argomenti, uno dei quali consistente nella proclamata - ma non dimostrata - differenza *ontologica* tra danno biologico e danno morale. Il primo, si affermava, era un "danno-evento", perché coincidente con la lesione della salute in sé e per sé considerata; il secondo invece un "danno-conseguenza", scaturente dalla lesione del diritto ma non identificantesi con essa. Questa, in sintesi, l'operazione logica adottata da quei giudici:



Sostenere che l'art. 2059 c.c. (la norma ostacolante) non disciplini il danno biologico, ma solo quello morale



Dimostrazione della tesi:

danno morale e danno biologico sono diversi, perché il primo richiede la prova della sofferenza (è un danno-conseguenza), mentre per la sussistenza del secondo basta la dimostrazione della lesione (è un danno-evento).

E' dunque evidente che la tesi del danno *in re ipsa* sta e cade con le premesse appena riassunte: una volta ammesso che il danno biologico è un danno non patrimoniale; che la risarcibilità di tutti i danni non patrimoniali sono disciplinati dall'art. 2059 c.c.; che la mancanza di un fatto reato non impedisce il ristoro del danno biologico, posto che quest'ultima norma va interpretata in modo conforme a costituzione; in una parola, una volta superata la astrusa pretesa di sottrarre il danno biologico alla disciplina dell'art. 2059 c.c., cade di necessità anche l'altra distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza, e la connessa tesi del danno *in re ipsa*.

Quest'ultima, come si diceva, è poi divenuta insostenibile perché madre di un malinteso.

In base a quella tesi, come si è detto, alcuni giudici ritennero di dovere distinguere il danno biologico statico da quello dinamico: il primo risarcibile per il solo fatto della esistenza della lesione, il secondo in base alle conseguenze pregiudizievoli che ne sono derivate. A sostegno di questa distinzione sono state spesso richiamate le decisioni del Tribunale di Genova e del Tribunale di Pisa che, per prime, elaborarono la figura del danno biologico.

E tuttavia, a rileggere *in extenso* quelle motivazioni ci si avvede che quei giudici, quando distinsero tra danno statico e danno dinamico, non intendevano affatto postulare l'esistenza di due diverse categorie o aspetti di danno, ma intendevano semplicemente affermare un concetto ovvio ed evidente: e cioè che il risarcimento del danno biologico deve avvenire in misura uguale per tutti a parità di lesioni, non perché queste siano l'in sé del danno, ma perché lesioni identiche fanno presumere *conseguenze lesive* identiche. Ove, poi, taluno avesse allegato e provato di avere patito conseguenze dannose particolarmente negative in conseguenza della lesione, avrebbe avuto diritto ad un adeguato ristoro di questo pregiudizio peculiare³². Dunque la distinzione tra danno "statico" e "dinamico" altro non era che il richiamo alla necessità di personalizzare il risarcimento, al fine di tenere conto delle circostanze del caso concreto. Ma poiché le formule originali hanno sempre una certa presa su lettori distratti o frettolosi, della distinzione tra danno statico e dinamico si obliterò la matrice e lo scopo (cioè la necessità

di personalizzazione il risarcimento, senza automatismi), e si conservò la vuota formula, sulla quale equivocando alcuni giudici hanno preteso di affermare che il danno statico (cioè la lesione della salute in sé e per sé considerata) sia sempre risarcibile, anche quando non abbia prodotto pregiudizio veruno sulla vita concreta della vittima.

3. Quando sia risarcibile il danno non patrimoniale.

Hanno affermato le SS.UU. che il danno non patrimoniale ha struttura identica a quella del danno patrimoniale: l'uno come l'altro sarà risarcibile solo ove sussista una condotta, un nesso causale tra questa e la lesione di una situazione giuridica protetta dall'ordinamento, un danno conseguente a tale lesione.

Tuttavia mentre il danno patrimoniale è atipico, perché risarcibile quale che sia la condotta illecita che l'abbia provocato, il danno non patrimoniale è tipico, perché risarcibile solo "nei casi previsti dalla legge", secondo la previsione di cui all'art. 2059 c.c. che, sotto tale aspetto, costituisce una norma in bianco o di rinvio (§ 2.4).

I "casi previsti dalla legge", nei quali è risarcibile il danno non patrimoniale, possono essere divisi in tre gruppi:

- (a) i casi in cui il fatto illecito è previsto dalla legge come reato;
- (b) gli altri casi previsti espressamente dalla legge;
- (c) i casi in cui l'illecito abbia violato diritti della persona costituzionalmente garantiti.

All'esame di queste tre ipotesi saranno dedicati i §§ che seguono.

3.1. Illeciti costituenti reato.

Se il danno non patrimoniale deriva da fatti previsti dalla legge come reato, il fondamento della risarcibilità del danno alla salute non pone problemi di sorta³³. In questo caso infatti la risarcibilità dei danni (patrimoniali e non) causati da reato è consentita senza limite

³² Si veda, tra le tante, la motivazione di Trib. Pisa 16.1.1985, in Giur. it., 1986, I, 2, 192.

³³ Secondo la Corte di cassazione, la responsabilità civile del reo sussiste "non soltanto in relazione all'offesa del bene oggetto della specifica tutela penale, ma anche in relazione ad ogni altro interesse patrimoniale o non patrimoniale riconducibile nell'ambito della condotta delittuosa in virtù di un nesso di derivazione eziologico". Ciò vuol dire che se - ad es. - da un delitto contro il patrimonio, contro la pubblica amministrazione, contro la pubblica fede, derivi con nesso eziologico immediato e diretto una lesione della salute (ad es., prodotta dal terrore o dallo stress provocato dal delitto), anche di tale pregiudizio il reo dovrà rispondere ex art. 185 c.p. (Cass. pen., sez. VI, 04-11-2004 (dep. 24.2.2005, n. 7259), imp. Caprini, in Foro it. Rep. 2005, Parte civile, n. 10 (inedita nella motivazione qui trascritta).

alcuno dall'art. 185, comma secondo, c.p.. Quale che sia la natura e la consistenza dell'interesse leso dal fatto illecito, la vittima avrà sempre diritto ad essere risarcita, con ³⁴. Pertanto il danno non patrimoniale sarà sempre integralmente risarcibile, quale che ne sia la natura (fisico o psichico, temporaneo o permanente) e l'entità (anche se lieve o lievissimo, purché ovviamente produttivo di conseguenze oggettivamente apprezzabili), quando la condotta dell'offensore sia penalmente rilevante.

La posizione delle vittime di reati è stata poi agevolata dalla giurisprudenza, la quale ritiene che per la configurabilità del reato (e quindi per la risarcibilità integrale del danno alla salute) non è necessario:

(-) né che il fatto reato sia stato accertato dal giudice penale, potendo a tanto provvedere anche quello civile, salvi ovviamente i vincoli di giudicato previsti dagli artt. 651 e 652 c.p.p. ³⁵;

(-) né che la colpa del reo (nel caso di reato colposo) non sia stata accertata in concreto, ma sia stata ritenuta sussistente dal giudice civile in base ad una presunzione di legge (ad es., ex art. 1218 c.c. oppure ex art. 2054, comma 1, c.c.) ³⁶;

(-) né, infine, che il reo sia imputabile (ad es., perché minore degli anni quattordici) ³⁷.

3.3. Illeciti non costituenti reato.

Più articolato è il discorso sul fondamento della risarcibilità nel caso in cui il danno non patrimoniale non derivi da una condotta costituente reato.

Come accennato, la risarcibilità del danno non patrimoniale è disciplinata dall'art. all'art. 2059 c.c., secondo cui tale danno è risarcibile "nei soli casi previsti dalla legge".

Questa espressione, secondo la corte di legittimità, comprende due categorie di danni.

³⁴ Secondo cui "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".

³⁵ Cass., sez. I, 15-03-2001, n. 3747, in Foro it. Rep. 2001, Danni civili, n. 133; Cass., sez. III, 24-03-2000, n. 3536, in Foro it. Rep. 2000, Danni civili, n. 185; Cass., sez. III, 14-02-2000, n. 1643, in Foro it. Rep. 2000, Responsabilità civile, n. 255.

³⁶ Cass., sez. lav., 10-01-2007, n. 238, in Notiziario giurisprudenza lav., 2007, 47; Cass., sez. III, 16-01-2006, n. 720, in Foro it. Rep. 2006, Danni civili, n. 196; Cass., sez. III, 15-07-2005, n. 15044, in Foro it. Rep. 2005, Danni civili, n. 206; Cass., sez. III, 27-10-2004, n. 20814, in Dir. e giustizia, 2004, fasc. 44, 24; Cass., sez. III, 01-06-2004, n. 10489, in Foro it. Rep. 2004, Danni civili, n. 197; Cass., sez. III, 10-03-2004, n. 4906, in Arch. circolaz., 2004, 869; Cass., sez. III, 06-08-2004, n. 15179, in Foro it. Rep. 2004, Danni civili, n. 219; Cass., sez. III, 03-03-2004, n. 4359, in Arch. circolaz., 2004, 729; Cass., sez. III, 01-04-2004, n. 6383, in Arch. civ., 2004, 871; Cass., sez. III, 12-05-2003, n. 7283, in Foro it., 2003, I, 2273; Cass., sez. III, 12-05-2003, n. 7282, in Resp. civ., 2003, 676; Cass., sez. III, 12-05-2003, n. 7281, in Foro it., 2003, I, 2274. Tale principio è stato ribadito anche da Corte cost., 11-07-2003, n. 233, in Foro it., 2003, I, 2201.

Comprende, innanzitutto, le ipotesi in cui è la legge ordinaria a prevedere in modo espresso la risarcibilità del danno non patrimoniale, anche al di fuori delle ipotesi di reato.

La stessa espressione tuttavia comprende anche le ipotesi in cui, pur in mancanza di una previsione espressa della legge ordinaria, il fatto illecito ha leso un diritto della persona costituzionalmente protetto.

Per chiarezza espositiva, è opportuno esaminare separatamente queste due ipotesi.

3.3.1. I casi previsti dalla legge.

Le ipotesi espressamente previste dalla legge, ricorrendo le quali è sempre consentito il ristoro del danno non patrimoniale sono ben dodici. Eccone l'elenco in ordine cronologico:

(1) la commissione di un fatto-reato (art. 185 c.p.), della quale si è già detto al § precedente;

(2) l'uso di espressioni offensive negli scritti difensivi durante un procedimento civile (art. 89 c.p.c.);

(3) la violenza carnale patita in occasione di fatti bellici (art. 1 d.p.r. 23.12.1978 n. 915, come integrato della sentenza della Corte costituzionale 10.12.1987 n. 561³⁸);

(4) l'ingiusta privazione della libertà personale per fatto colposo o doloso del magistrato (art. 2, comma 1, l. 13.4.1988 n. 117);

(5) l'adozione di atti discriminatori per motivi razziali, etnici o religiosi (art. 44, comma 7, d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, norma inutilmente - ad avviso di chi scrive - ribadita dall'art. 4, comma 4, d. lgs. 9.7.2003 n. 215);

(6) l'aver preso parte ad un processo protrattosi per un tempo irragionevole (art. 2, comma 1, l. 24.3.2001 n. 89);

(7) l'impiego di modalità illecite nella raccolta di dati personali (art. 15, comma 2, d. lgs. 30 giugno 2003 n. 196);

(8) la discriminazione sul luogo di lavoro a causa della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età o dell'orientamento sessuale (art. 4, comma 5, d. lgs. 9.7.2003 n. 216);

(9) la discriminazione in danno di persone affette da disabilità (art. 3, comma 3, l. 1.3.2006 n. 67);

³⁷ Cass., 20-11-1990, n. 11198, in Foro it. Rep. 1990, Danni civili, n. 82; Cass., 18-06-1985, n. 3664, in Giur. it., 1986, I, 1, 1525; Cass., 30-01-1985, n. 565, in in Foro it. Rep. 1985, Danni civili, n. 53. La sentenza "capostipite" di tale orientamento è Cass. sez. un., 06-12-1982, n. 6651, in Foro it., 1983, I, 1630.

³⁸ La norma disciplina comunque non il risarcimento del danno, ma la sua indennizzabilità da parte della previdenza pubblica.

(10) la violazione dell'altrui diritto su un marchio industriale (art. 125 d. lg. 10 febbraio 2005 n. 30, nel testo modificato dall'art. 17, comma 1, d. lg. 16.3.2006 n. 140);

(11) la violazione dell'altrui diritto d'autore (art. 158, comma 3, l. 22 aprile 1941 n. 633 (nel testo modificato dall'art. 5, comma 1, d. lgs. 16 marzo 2006, n. 140);

(12) la discriminazione tra uomo e donna per l'accesso alla fornitura di beni o servizi (art. 37, comma 3, e 55 *quinquies*, comma 7, d. lgs. 11.4.2006 n. 198).

Ha tuttavia precisato la S.C. che danno non patrimoniale, che consiste sempre nella lesione di un interesse, è risarcibile solo quando l'interesse leso sia stato, alternativamente: (a) selezionato preventivamente dal legislatore ordinario, come nei casi appena elencati, oppure (b) tutelato dalla Costituzione. La lesione di un interesse non patrimoniale non tutelato dal legislatore ordinario attraverso l'espressa previsione del ristoro del danno non patrimoniale, né preso in considerazione dalla Costituzione, non è risarcibile.

Ha tuttavia soggiunto la stessa Corte di cassazione che, nelle ipotesi in cui il legislatore ordinario ha previsto attraverso norme *ad hoc* la risarcibilità del danno non patrimoniale anche al di fuori delle ipotesi di reato, l'unico pregiudizio non patrimoniale risarcibile sarebbe quello scaturente dalla lesione del diritto protetto dalla norma attributiva del diritto al risarcimento. Secondo la S.C., infatti, *“la risarcibilità del danno non patrimoniale postula, sul piano dell'ingiustizia del danno, la selezione degli interessi dalla cui lesione consegue il danno. Selezione che avviene a livello normativo, negli specifici casi determinati dalla legge (...). Va notato che, nei casi previsti da leggi vigenti [quelli elencati all'inizio di questo §, n.d.r.], il risarcimento è collegato alla lesione di diritti inviolabili della persona: alla libertà personale, alla riservatezza, a non subire discriminazioni”*³⁹.

Parrebbe dunque che, secondo la Corte di legittimità:

(a) nel caso di reato, è risarcibile il danno non patrimoniale derivante dalla lesione di qualsiasi interesse della persona offeso dal reo, quale che ne sia la natura e l'oggetto, purché tutelato dalla legge o dalla Costituzione;

(b) nei casi in cui manchi il reato, ma il danno non patrimoniale sia comunque risarcibile in virtù di norme *ad hoc*, è risarcibile solo il danno non patrimoniale derivato dalla lesione dello specifico interesse protetto dalla norma attributiva del diritto al risarcimento.

Ci si potrebbe dunque chiedere se, qualora dalla commissione di uno dei fatti sopra elencati dovesse derivare - poniamo - un danno biologico, la vittima possa pretenderne il

³⁹ Cass. sez. un. 11.11.2008 n. 26972, in ***, §§ 2.9-2.11 dei “Motivi della decisione”.

risarcimento⁴⁰. Così, per fare un esempio, nel caso in cui un disabile sia discriminato sul luogo di lavoro, e ciò gli abbia causato un trauma psichico (e quindi un danno alla salute), la vittima potrebbe pretendere il ristoro del danno non patrimoniale da lesione del diritto all'eguaglianza, ma non quello da lesione del diritto alla salute, perché quest'ultimo non è tutelato dall'art. 4, comma 5, d. lgs. 9.7.2003 n. 216.

Non saprei dire se la esegesi che precede ricostruisca fedelmente il pensiero della S.C.. Sta di fatto però che, ove così fosse, a me pare che le conclusioni del giudice di legittimità presterebbero il fianco a talune critiche, e che comunque non possano condurre all'esclusione del diritto al risarcimento del danno alla salute quando l'illecito non derivi da reato, ma da uno degli "altri fatti previsti dalle legge".

Ciò per due ragioni.

In primo luogo, mi sembra arduo sostenere che l'art. 185 c.p. consenta la risarcibilità del danno non patrimoniale entro limiti più ampi rispetto a quelli fissati dalle altre norme elencate all'inizio del presente §.

Secondo l'art. 185, comma secondo, c.p., infatti, *"ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui"*. La formula non appare sostanzialmente diversa - ad esempio - da quanto stabilito dall'art. 2 l. 117/88, cit., secondo cui *"chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni (...) non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale"*; oppure da quanto stabilito dall'art. 3, comma 3, l. 67/2006, cit., secondo cui nel caso di accertata discriminazione in danno di un disabile, *"con il provvedimento che accoglie il ricorso il giudice [provvede] se richiesto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale"*.

Detto altrimenti, così come qualsiasi fattispecie astratta di reato tutela normalmente un interesse della persona, ma ove quel reato venga commesso la vittima potrà pretendere il ristoro di tutti i pregiudizi non patrimoniali che ne sono derivati, allo stesso modo le

⁴⁰ In alcune delle fattispecie sopra elencate è ben difficile immaginare che dall'illecito possa derivare una lesione della salute: il proprietario del marchio o l'autore del volume probabilmente patiranno un pregiudizio economico in conseguenza dell'usurpazione o del plagio, ma ben difficilmente si ammaleranno. In altre ipotesi invece, per quanto infrequenti, non possono escludersi casi di danni alla salute: così, ben può accadere che la vittima dell'ingiusta detenzione, od il lavoratore discriminato in modo umiliante possano patire, in conseguenza di tali disdicevoli fatti, un trauma psichico che degeneri in una vera e propria patologia.

fattispecie “speciali” di risarcibilità del danno non patrimoniale sono dettate a tutela di un solo interesse della persona, ma una volta che l’illecito sia stato commesso la vittima avrà diritto al ristoro integrale di tutti i pregiudizi non patrimoniali da esso derivati: sia quelli causati dalla lesione dell’interesse tutelato dalla norma attributiva del diritto al risarcimento, sia quelli derivati dalla lesione di altri interessi non patrimoniali, purché meritevoli di tutela.

La seconda ragione per la quale, a mio avviso, il diritto al risarcimento del danno biologico sussiste anche nelle ipotesi indicate *supra*, ai nn. (1)-(12), è che delle l’una:

(-) se dai fatti illeciti sopra elencati (discriminazione, illecito trattamento di dati personali, ingiusta detenzione, ecc.) derivi una lesione della salute, l’autore di essi ha per ciò solo commesso il delitto di lesioni (colpose o dolose), e dunque il danno biologico sarà sempre risarcibile. In questi casi dunque il problema non è stabilire se la norma attributiva del diritto al risarcimento del danno non patrimoniale tuteli o meno il diritto alla salute, ma se sussista nesso causale tra l’illecito ed il danno biologico⁴¹ ;

(-) se il reato di lesioni personali non è configurabile a carico dell’offensore (ad es., perché non è stato possibile accertarne la colpa, nemmeno in via presuntiva), la vittima avrà comunque diritto al ristoro del danno alla salute, in quanto il relativo interesse è tutelato dalla Costituzione (art. 32 cost.), ed è risarcibile a prescindere dalla sussistenza di una condotta penalmente rilevante, come meglio si dirà nel § seguente.

Pertanto se dalla commissione di uno dei fatti sopra elencati ai nn. (1)-(12) dovesse derivare, con nesso di causalità giuridicamente apprezzabile, un danno alla salute, quest’ultimo sarà senz’altro risarcibile, anche in assenza di reato.

3.3.2. La lesione di diritti della persona costituzionalmente garantiti.

Può accadere, infine, che il danno non patrimoniale non sia derivato né da un fatto astrattamente configurabile come reato, né da una delle altre fattispecie tipiche previste dalle norme ricordate al § precedente.

Tale ipotesi ricorre ad es. nei casi in cui la responsabilità dell’offensore sia stata affermata non sulla base di un accertamento positivo della colpa, né di una presunzione legale di colpa, ma sulla base di una norma che preveda un’ipotesi di responsabilità oggettiva (ad

⁴¹ Si ricordi che, secondo Cass. pen., sez. VI, 04-11-2004 (dep. 24.2.2005, n. 7259), imp. *Caprini*, in Foro it. Rep. 2005, *Parte civile*, n. 10 (inedita nella motivazione qui trascritta), il diritto al risarcimento del danno da reato spetta “*non soltanto in relazione all’offesa del bene oggetto della specifica tutela penale, ma anche in relazione ad ogni altro interesse patrimoniale o non patrimoniale riconducibile nell’ambito della condotta delittuosa in virtù di un nesso di derivazione eziologico*”.

es., ex art. 2051 c.c.)⁴². In questi casi, essendo mancato l'accertamento concreto dell'elemento soggettivo del reato (dolo o colpa), in teoria non è configurabile alcun reato, e la vittima non potrebbe invocare il risarcimento del danno non patrimoniale, ai sensi dell'art. 185 c.p..

Anche in questi casi tuttavia il danno non patrimoniale sarà sempre risarcibile: non però sulla base di una espressa previsione di legge, sibbene sulla scorta di una interpretazione "costituzionalmente orientata" dell'art. 2059 c.c. adottata dalla Corte di cassazione.

Secondo quest'interpretazione, tra i "casi previsti dalla legge" che, ai sensi della norma ora ricordata, consentono il risarcimento del danno non patrimoniale rientrano tutte le ipotesi in cui il fatto illecito abbia leso un diritto della persona costituzionalmente garantito. Ciò per due ragioni: sia perché la tutela risarcitoria è quella minima, e di essa non possono pertanto non beneficiare i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione; sia perché la "legge" alla quale fa riferimento l'art. 2059 c.c. è non solo quella ordinaria, ma anche la costituzione stessa, e dunque per casi "previsti dalla legge" debbono intendersi anche i "casi previsti dalla costituzione" così Cass. 26.11.26972; nello stesso senso Cass., sez. III, 31-05-2003, n. 8827, in *Danno e resp.*, 2003, 819, e Cass., sez. III, 31-05-2003, n. 8828, in *Danno e resp.*, 2003, 816).

Tuttavia, quando il danno non patrimoniale deriva da un fatto non costituente reato la sua risarcibilità non è illimitata, ma è subordinata alla sussistenza di tre presupposti, e cioè:

- (a) che la lesione sia grave, cioè eccedente la soglia della normale tollerabilità;
- (b) che il pregiudizio patito dalla vittima non sia futile;
- (c) che l'interesse leso, e non le conseguenze che ne sono derivate, abbia copertura costituzionale⁴³.

Ciascuna di queste tre affermazioni può porre qualche problema all'interprete, che occorre qui brevemente esaminare.

⁴² Cass., sez. III, 27-10-2004, n. 20814, in *Dir. e giustizia*, 2004, fasc. 44, 24.

Contra, però, si veda Trib. Biella, 01-06-2005, in *Giur. it.*, 2007, 88, secondo cui per effetto dell'adesione dell'Italia alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU, sulla quale si veda *supra*, ***), il danno non patrimoniale da lesione della salute deve essere risarcito anche quando la legge attribuisca ad un soggetto l'obbligo risarcitorio in base ad una regola di responsabilità oggettiva. Quella del tribunale piemontese è comunque tesi in aperto contrasto non solo con la giurisprudenza di legittimità, ma anche con quella della Corte costituzionale, secondo cui come si vide a suo tempo (*supra*, ***) la norme della CEDU non hanno efficacia pari a quella delle norme costituzionali, e sono prive di efficacia diretta nei rapporti tra privati, essendo rivolte unicamente agli Stati aderenti alla Convenzione. Pertanto, ove il giudice di merito ritenga che una norma interna sia in contrasto con la CEDU, non può disapplicarla, ma deve sollevare dinanzi alla Corte costituzionale la relativa questione, con riferimento al parametro di cui all'art. 117 cost. (Corte cost., ***).

⁴³ Cass. sez. un. 11.11.2008 n. 26972, in ***.

Gravità della lesione significa che essa deve eccedere la soglia della normale tollerabilità: pertanto, al di fuori delle ipotesi di reato o degli altri casi previsti dalla legge (ad es., danni causati dalla circolazione di veicoli soggetti all'obbligo di assicurazione), il danno non patrimoniale solo se oggettivamente apprezzabile. Non saranno tali, e dunque non potranno essere considerate "gravi" e per ciò risarcibili, ad esempio, la perdita di un capello, ovvero una lieve contusione senza ecchimosi, od ancora la modestissima abrasione dell'epidermide⁴⁴.

Il requisito della "gravità" della lesione pone all'interprete il problema di stabilire quale sia la soglia della normale tollerabilità, valicata la quale l'offesa diventa risarcibile. Ovviamente si tratta di una valutazione in fatto e non in diritto, da compiere avuto riguardo alle circostanze del caso concreto. Quel che è certo però è che tale valutazione deve essere compiuta non già con riferimento al grado di sensibilità della vittima, ma quello di una persona media. La medesima lesione, detto altrimenti, non potrebbe essere ritenuta intollerabile per un molle epicureo, e tollerabile per un rude stoico.

Il requisito della non futilità delle conseguenze riguarda gli effetti della lesione, e non la sua essenza. Esso sta a significare che, nel novero delle perdite di cui il giudice deve tenere conto nella liquidazione del danno, non può essere inclusa la perdita possibilità di compiere attività inutili o generalmente censurate, come ad es. bere alcolici, fumare, schiamazzare, e simili.

Questo requisito pone all'interprete il problema della selezione degli interessi "non futili", la cui perdita in conseguenza d'una lesione della salute merita d'essere risarcita. Selezione che, anche in questo caso, non potrà essere compiuta sulla base delle convinzioni soggettive della vittima, né di quelle personali del giudice. Il giudizio di "non futilità" dovrà invece essere compiuto sulla base delle opinioni generalmente condivise in un determinato luogo ed in un determinato momento storico.

Veniamo ora al terzo e più problematico requisito: perché sia risarcibile la lesione di un diritto costituzionalmente garantito (in assenza di reato o dalle altre ipotesi di risarcibilità previste dalla legge), secondo la S.C. è necessario che tale lesione abbia costituito l' "evento" di danno, e non la sua conseguenza⁴⁵. Dunque se dalla lesione di un interesse

⁴⁴ Non a caso, nella già ricordata sentenza delle Sezioni Unite 11.11.2008 n. 26972, la Corte di cassazione per illustrare il concetto di "non gravità" della lesione ricorre all'esempio del graffio superficiale dell'epidermide.

⁴⁵ Nella motivazione di Cass. sez. un. 11.11.2008 n. 26972, § 3.5 dei "Motivi della decisione", si legge che "la rilevanza costituzionale [dell'interesse leso va valutata] con riferimento al tipo di pregiudizio, cioè al danno-conseguenza, e non al diritto leso, cioè all'evento dannoso". Diversamente, secondo la Corte, si perverrebbe

non attinente la persona (ad es., la proprietà) sia derivato un pregiudizio non patrimoniale (ad es., una sofferenza morale), quest'ultimo non sarebbe risarcibile.

Questa impostazione che distingue tra rilievo costituzionale dell'interesse leso e rilievo costituzionale del pregiudizio derivato (attribuendo solo al primo l'idoneità a rendere risarcibile il danno non patrimoniale), è stata adottata dalla Corte per dimostrare l'erroneità della tesi che pretendeva di ravvisare un autonomo pregiudizio nel c.d. "danno esistenziale"⁴⁶. E tuttavia, una volta imposta dall'autorità delle Sezioni Unite, la ricostruzione dogmatica sopra riassunta impone all'interprete il problema di verificarne l'impatto su un particolare danno non patrimoniale, quello alla salute.

Questo, in particolare, il problema da risolvere: se dalla lesione di un interesse non personale, o comunque privo di rilievo costituzionale, deriva un danno alla salute, quest'ultimo sarà risarcibile in assenza di reato?

Così, ad esempio, si immagini che ricorrano congiuntamente i seguenti presupposti:

(-) Tizio colposamente distrugge la collezione di libri antichi faticosamente raccolta e gelosamente custodita da Caio per anni;

(-) in conseguenza di ciò, Caio subisce una profonda depressione degenerata in malattia psichica;

(-) Tizio deve rispondere del fatto a titolo di responsabilità oggettiva (ad es., ex art. 2051 c.c., in conseguenza di un incendio propagatosi dalla sua proprietà a quella di Caio), il che, come si è detto, impedisce di ritenere sussistente il reato di lesioni colpose.

In questo caso Caio avrà o no diritto al risarcimento del danno biologico di natura psichica?

Alla luce del principio affermato dalle Sezioni Unite, e sopra riassunto, si potrebbe ritenere che essendo l'interesse leso dal fatto illecito un interesse patrimoniale, come tale privo di rilievo costituzionale, il danno alla salute di Caio non sarebbe risarcibile.

A me pare tuttavia che in questi termini la questione sia mal posta. Qui non si intende mettere in discussione la validità del principio sancito dalla S.C., e sopra riassunto, al fine di sceverare i danni non patrimoniali risarcibili da quelli risarcibili, nonché al fine di espungere dall'area delle idee accettabili il c.d. "danno esistenziale". Si vuole però rilevare che, se dal fatto illecito sia derivata una lesione della salute, l'interprete deve chiedersi

all'abrogazione per via interpretativa dell'art. 2059 c.c., "*perché cancella la persistente limitazione della tutela risarcitoria (al di fuori dei casi determinati dalla legge) ai casi in cui il danno non patrimoniale sia conseguenza della lesione di un diritto inviolabile della persona, e cioè in presenza di ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento dannoso*".

⁴⁶ Su tale questione si veda più ampiamente *infra*, ***.

innanzitutto se quella lesione sia derivata con nesso eziologico giuridicamente rilevante dal fatto illecito, prima ancora di stabilire se l'interesse inciso dal fatto illecito abbia o meno rilievo costituzionale.

Delle due, infatti, l'una: o il nesso causale tra condotta e lesione psicofisica sussiste, ed allora quest'ultima costituirà l'evento di danno, e sarà come tale risarcibile. Ovvero quel nesso non sussiste, ed allora il danno alla salute sarà irrisarcibile non perché sia irrilevante il rilievo costituzionale del "danno-conseguenza", ma semplicemente perché manca uno degli elementi costitutivi dell'illecito, cioè il nesso eziologico.

Pertanto, nell'esempio sopra proposto, stabilire se Caio abbia o meno diritto al risarcimento del danno psichico è una *quaestio facti*, e non una *quaestio iuris*: il risarcimento vi sarà se si possa affermare, in base ad obiettivi rilievi medico legali, che la malattia della vittima ha avuto nel fatto illecito una vera e propria causa, e non una mera occasione che ha slatentizzato ansie e psicosi preesistenti.

4. Come debba liquidarsi il danno non patrimoniale.

Per quanto attiene la liquidazione del danno, le SS.UU. hanno ricordato che il danno non patrimoniale va risarcito integralmente, ma senza duplicazioni.

"Risarcimento integrale" vuol dire che il giudice avrà l'obbligo di scandagliare - ovviamente *iuxta alligata et probata* - tutte le ripercussioni che l'illecito ha avuto sulla persona lesa, nessuna esclusa.

Nella liquidazione dovranno tuttavia evitarsi le duplicazioni, e cioè liquidare due volte il medesimo pregiudizio sotto differenti etichette. Per le SS.UU. è perciò ormai da ritenersi sbagliata la prassi - invero invalsa nella giurisprudenza di merito - di liquidare in caso di lesioni della persona sia il danno morale sia quello biologico; come pure quella di liquidare nel caso di morte di un familiare sia il danno morale, sia quello da perdita del rapporto parentale: gli uni e gli altri, per quanto detto, costituiscono infatti pregiudizi del medesimo tipo (§ 4.9).

Allo stesso modo non possono formare oggetto di liquidazioni a sé stanti, in quanto componenti dell'unico danno non patrimoniale, il pregiudizio estetico, quello alla vita di relazione, quello al "fare reddituale", derivanti da una lesione della salute.

Ciò detto in generale, vediamo ora più in dettaglio quali potranno essere i problemi pratici posti dalla nuova decisione delle SS.UU..

4.1. La liquidazione del danno biologico.

Occorre al riguardo distinguere due ipotesi: il danno biologico causato da sinistri stradali con esiti micropermanenti, da tutti gli altri casi.

4.1.1. Nel caso di danno alla salute provocato da sinistri stradali, e che abbia avuto esiti permanenti non superiori al 9%, come noto la misura del risarcimento è disciplinata direttamente dalla legge (art. 139 cod. ass.). Essa stabilisce che il danno biologico va liquidato nella misura corrispondente al valore del punto di invalidità determinato *ratione temporis* con decreto ministeriale, salva la possibilità di aumentare il relativo importo non oltre il 20%.

Pertanto:

(a) se il danno biologico ed un danno non patrimoniale;

(b) se di conseguenza ha natura omnicomprensiva (giacché, per quanto detto, in tema di danno non patrimoniale non sono possibili distinzioni *in iure* fra i vari tipi di pregiudizio, ma solo *in natura*);

(c) se, pertanto, della sofferenza causata dalle lesioni si deve tenere conto nella liquidazione del danno biologico, mentre costituisce una duplicazione risarcitoria affiancare alla liquidazione del danno biologico quella del danno morale (*supra*, ***);

la conclusione è logicamente necessitata: il pregiudizio un tempo definito danno morale oggi può costituire al più un fattore di personalizzazione della liquidazione del danno biologico. Ma poiché tale personalizzazione è, in materia di sinistri stradali, limitata al 20% 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 massima del 20%.

Deve aggiungersi che quanto appena detto in tema di danni con esiti micropermanenti varrà anche per i danni con postumi superiori al 9%, non appena sarà emanato il decreto di approvazione della tabella delle invalidità e del valore monetario dei relativi punti, previsto dall'art. 138 cod. ass., la cui mancata emanazione ha sinora impedito di applicare i criteri legali per la liquidazione del danno con esiti macropermanenti. L'unica differenza è che, in quest'ultimo caso, la personalizzazione del risarcimento sarà consentita entro i limiti del 30%.

Una volta abbandonata la fallace e tralattizia dicotomia danno biologico-danno morale, e ricondotte le sofferenze soggettive nell'ambito del danno biologico, può considerarsi compatibile col quadro costituzionale una norma che limiti il risarcimento del danno non patrimoniale entro una certa soglia?

A mio modo di vedere sì.

La Corte costituzionale, sia pure in materia tutt'affatto diversa, è stata già chiamata ad esprimersi sulla conformità a costituzione di una norma la quale fissi un limite massimo al risarcimento del danno aquiliano, comprimendo il relativo diritto del danneggiato⁴⁷.

Su tale delicata questione la Consulta ha stabilito che non è in linea di principio inibito al legislatore, in casi eccezionali, ritenere equa e conveniente una limitazione del risarcimento del danno, sia nel campo della responsabilità contrattuale, sia in materia di responsabilità extracontrattuale, perché *“la regola generale di integralità della riparazione ed equivalenza al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha (...) copertura costituzionale”*. Tuttavia qualsiasi norma che limiti per legge il risarcimento del danno, ha soggiunto la Corte costituzionale deve assicurare *“l'equilibrato componimento (...) degli opposti interessi in gioco”*: principio che non pare rispettato dagli artt. 138 e 139 cod. ass., ed in special modo dal primo. Infatti le conseguenze non patrimoniali astrattamente derivabili da una lesione della salute possono essere talmente tante e tali da non consentire alcuna seria previsione *ex ante* sulla misura della personalizzazione che si renderà necessaria. E poiché in tema di danno biologico gli *“opposti interesse in gioco”* che, secondo la Consulta, il legislatore deve comporre, sono rappresentati da un lato dal diritto alla salute, costituzionalmente garantito, e dall'altro dagli interessi patrimoniali del debitore, questi ultimi non possono non essere sempre e comunque recessivi rispetto al primo.

Pertanto non mi parrebbe ardito sostenere che fissare una soglia così bassa (30%) per la personalizzazione del risarcimento del danno non patrimoniale, specie nel caso di macropermanenti, violi gli artt. 3 (sotto il profilo della ragionevolezza), 24 e 32 cost..

4.1.2. Minori problemi si pongono per la liquidazione del danno biologico non causato da sinistri stradali. In questo caso, non essendovi alcuna norma di legge che fissi la misura del risarcimento, il giudice resta libero di procedere per via equitativa. Egli potrà, di conseguenza, determinare la misura del danno biologico nel modo che ritiene più appropriato a compensare il pregiudizio effettivamente verificatosi nel caso concreto.

Ma come si comporteranno in concreto i giudici di merito? E soprattutto, quale sarà la scelta più corretta? Ecco il punto sul quale sono possibili solo previsioni.

Mi pare che gli scenari profilantisi all'orizzonte siano quattro.

⁴⁷ Corte cost., 02-11-1996, n. 369, in Foro it., 1997, I, 2400.

(A) Prima ipotesi: il giudice non solo continua a liquidare separatamente il danno biologico ed il danno morale, ma continua a determinare quest'ultimo in misura pari ad una frazione del danno biologico, e senza alcuna specifica motivazione concernente il caso concreto (ad es. con motivazioni "fittizie" del tipo: "*tenuto conto dell'entità delle lesioni e delle loro conseguenze, si stima equo ecc.*").

Questa possibilità deve escludersi in radice. dolore e sofferenza sono una conseguenza delle lesioni personali; le lesioni personali costituiscono un danno non patrimoniale; il danno non patrimoniale ha natura unitaria. Dunque il giudice può *valutare* separatamente l'invalidità e la sofferenza, ma non *liquidarle* separatamente.

(B) Seconda ipotesi: il giudice liquida solo il danno biologico, incorporando in esso - a titolo di personalizzazione - la medesima somma che in precedenza liquidava a titolo di danno morale.

Ad es., mentre in passato il giudice liquidava 100 a titolo di danno biologico e 25 a titolo di danno morale, ora inizia a liquidare *sistematicamente* (e cioè a prescindere dalle circostanze del caso concreto) il danno biologico nella misura di 125.

Anche questa scelta non mi parrebbe corretta, e rispettosa dei principi stabiliti dalla Corte di Cassazione.

Esiste infatti una contraddizione tra la personalizzazione del risarcimento, ed un aumento generalizzato ed uniforme. "Personalizzare" vuol dire tenere conto delle circostanze del caso concreto, ma se una maggiorazione del pregiudizio alla salute viene erogata sempre e comunque a chiunque abbia patito lesioni di un certa entità, essa non è più una personalizzazione.

(C) Terza ipotesi: il giudice modifica la tabella adottata dall'ufficio giudiziario, innalzando opportunamente il valore base del punto d'invalidità, al fine di incorporarvi le somme in precedenza liquidate a titolo di danno biologico. Ad es., mentre in precedenza per una invalidità del 20% liquidava 1.000 euro a punto (più il danno morale), ora inizia a liquidare solo il danno biologico, sulla base di 1.250 euro a punto.

Questa operazione potrebbe risultare corretta o scorretta, a seconda dei casi.

E' noto che la corte di cassazione ha ripetutamente ammesso che nella liquidazione del danno biologico il giudice di merito possa fare ricorso a "tabelle", predisposte unitariamente per tutto l'ufficio giudiziario, ma a condizione che:

(a) tali tabelle non vengano applicate in modo automatico, ma solo quale mero parametro di riferimento, e previo adeguamento alle circostanze del caso concreto;

(b) i valori base del punto d'invalidità siano ricavati dalla media dei precedenti giudiziari⁴⁸.

In teoria, quindi, nulla vieta che il giudice di merito ragioni pressappoco così:

- le tabelle in uso sono state ricavate dalla media delle precedenti liquidazioni del danno alla salute;

- tuttavia in passato questo ufficio liquidava separatamente un pregiudizio, definito danno morale, il quale costituiva un aspetto o componente del danno biologico;

- *ergo*, ora che la Cassazione ha affermato la necessità della liquidazione unitaria, la tabella va rielaborata, ricavando il valore base del punto dalla media non delle sole liquidazioni del danno alla salute, ma dalla media delle liquidazioni cumulate del danno biologico e di quello morale.

Il discorso sarebbe logico e condivisibile, ma ad una condizione: che la media delle liquidazioni, da cui ricavare il valore base del punto di invalidità, sia composta effettivamente da decisioni che abbiano liquidato il danno morale con equo e motivato apprezzamento delle circostanze del caso. Se, infatti, la media del valore del punto fosse ricavata da decisione che abbiano liquidato il danno morale *d'emblée* ed automaticamente, senza alcuna seria motivazione, ci troveremmo dinanzi ad una media di errori, che come noto dà per frutto un errore.

(D) Quarta ipotesi: il giudice tiene conto delle sofferenze soggettive patite dalla vittima, aumentando caso per caso la liquidazione del danno biologico. Questa mi sembra la soluzione preferibile, e più rispettosa dell'insegnamento delle Sezioni Unite.

Il giudice di merito tuttavia deve fare i conti non solo - come è ovvio - col rigore dei principi applicati, ma anche con l'efficienza che deve garantire nell'amministrazione della giustizia: efficienza che è garantita anche - tra le altre cose - da una ragionevole probabilità delle decisioni giudiziarie. Ora, affidare la ponderazione delle sofferenze soggettive ad una valutazione soggettiva variabile caso per caso è scelta che incrementerebbe la proclività alle liti. Quando infatti le parti non possono formulare alcun serio pronostico sulla decisione del giudice sono più inclini a rifiutare proposte transattive: l'una sperando che il

⁴⁸ *Ex multis*, Cass., sez. III, 11-01-2007, n. 392, in Arch. circolaz., 2007, 806; Cass., sez. III, 03-08-2005, n. 16225, in Foro it. Rep. 2005, Danni civili, n. 306; Cass., sez. III, 26-10-2004, n. 20742, in Arch. circolaz., 2005, 493.

giudice sarà “generoso” nella liquidazione, l'altra fidando all'opposto in un atteggiamento rigoroso.

Tuttavia in materia di risarcimento del danno alla salute l'ultima cosa di cui si ha bisogno è un incremento della litigiosità, già molto alta e non sempre in buona fede.

Non sarebbe dunque inopportuno riflettere su un meccanismo che consenta la personalizzazione del risarcimento, ma secondo una scala progressiva fondata su presunzioni semplici. Intendo dire che non sarebbe irragionevole ritenere in via presuntiva che, quando l'invalidità permanente superi il 10%, la vittima patirà conseguenze tali da rendere opportuna una personalizzazione in aumento - poniamo - del 10%; quando l'invalidità superi il 20%, la vittima patirà conseguenze tali da rendere opportuna una personalizzazione in aumento del 25%; per invalidità del 40% presumere che si renda necessaria una personalizzazione del 60% e così via, secondo una progressione geometrica, la cui funzione ovviamente andrà studiata con cura.

In questo modo si possono ottenere a mio avviso vari risultati utili:

(a) si evita il rischio di incorporare *sic et simpliciter* il “vecchio” danno morale nel danno biologico, tradendo la lettera e lo spirito della sentenza delle Sezioni Unite, e perpetuando una duplicazione di dubbia correttezza;

(b) si evita la contraddizione scaturente dal “personalizzare” il risarcimento in modo generalizzato ed indiscriminato;

(c) si introduce un meccanismo di personalizzazione non automatico, ma fondato su una prova presuntiva, sicché resta al debitore pur sempre la possibilità di dimostrare che nel caso specifico la menomazione causata dal sinistro non ha avuto conseguenze morali della gravità ritenuta in via presuntiva, e quindi non merita personalizzazione;

(d) soprattutto, si renderebbero ragionevolmente prevedibili le decisioni giudiziarie, con conseguente effetto deflattivo sulle liti.

V'è solo da ricordare come il concetto di “personalizzazione” del risarcimento debba essere rettamente inteso ed applicato, altrimenti potrebbe condurre alle medesime incongruenze e duplicazioni cui conduceva la doppia liquidazione del danno biologico e di quello morale.

Non vi è infatti dubbio che, nella liquidazione del danno biologico, il giudice è tenuto ad aumentare l'importo risultante dall'applicazione dei criteri *standard* ove la vittima deduca e dimostri di avere, in conseguenza delle lesioni, patito un nocumento particolare.

Tuttavia è altrettanto indubbio che tale particolare tipo di pregiudizio è *e resta un danno biologico*, e non è di alcuna utilità coniare per esso un nome *ad hoc*, per la stessa ragione

per la quale, ad esempio, in tema di danno patrimoniale a nessuno verrebbe in mente di distinguere come categorie concettualmente autonome il danno ad un autoveicolo dal danno ad un fabbricato.

Inoltre il pregiudizio “personale” che può giustificare un “appesantimento” della liquidazione del danno biologico deve essere rappresentato da fattori anomali ed inusuali, perché qualunque menomazione fisica o psichica incide sulla vita di relazione e genera sofferenza, e di questa incidenza - per così dire “normale” - già tengono conto i *barèmes* elaborati dalla medicina legale. Così, per fare un esempio: se Tizio patisce ustioni al volto, alle quali residuano cicatrici discromiche, è ovvio, naturale ed evidente che la vittima patirà un certo imbarazzo, ogni qual volta gli sia presentata una persona per l'innanzi a lui sconosciuta. Ma di tale imbarazzo si è già necessariamente tenuto conto nel *barème* medico legale il quale ha fissato - poniamo - in misura pari al 20% il grado di invalidità permanente determinato da sfregi permanenti del viso. Perciò tenerne conto una seconda volta, sotto le vesti di personalizzazione del risarcimento, comporterebbe una duplicazione risarcitoria. Ma se Tizio, in conseguenza delle cicatrici già descritte, viene lasciato dalla propria fidanzata, od allontanato dal *club* del quale faceva parte, questo è un pregiudizio singolare e specifico, il quale non può ritenersi una conseguenza *normale* dell'invalidità, e del quale si deve tenere conto nella personalizzazione del risarcimento⁴⁹.

4.2. La liquidazione del danno da morte.

Le considerazioni sin qui svolte consentiranno a questo punto poche osservazioni sul tema della liquidazione del danno non patrimoniale da morte del prossimo congiunto.

Il danno non patrimoniale è una categoria giuridica unitaria: quindi bando alle doppie e triple liquidazioni di danni morali, esistenziali, relazionali, familiari, parentali: il giudice dovrà valutare (sempre che gliele abbiano allegato e provate) le conseguenze concrete patite dalla vittima, ed adottare una liquidazione complessiva che sappia tenere conto di ciascuna di esse.

Ora, è noto che la giurisprudenza di merito, alla vigilia dell'intervento delle Sezioni Unite, si era divisa sulla liquidazione del danno da morte: vi erano uffici giudiziari i quali ritenevano che il danno non patrimoniale da morte avesse natura omnicomprensiva, e si erano dotati

⁴⁹ In questo senso è stata assai chiara Cass. 28.11.2008 n. 28423, inedita, secondi cui nella liquidazione del danno non patrimoniale (nella specie, da morte del prossimo congiunto), la necessità per il giudice di merito di tener conto di tutte le circostanze del caso concreto (c.d. personalizzazione del risarcimento) non significa affatto che il giudice debba sempre e comunque aumentare i valori risultanti dalle eventuali tabelle adottate

di “tabelle” fondate su un sistema a punto per la liquidazione del relativo danno⁵⁰; altri uffici, all’opposto, ritenevano di dovere liquidare il danno morale ed il danno c.d. “esistenziale”,⁵¹.

Per gli uffici giudiziari che avevano adottato il primo orientamento, probabilmente nulla cambierà per effetto della decisione delle Sezioni Unite: la valutazione delle circostanze concrete derivate dal lutto continuerà attraverso il sistema a punto, e la natura elastica di quest’ultimo consentirà comunque una liquidazione equitativa e prevedibile, senza alcun sconvolgimento teorico delle motivazioni delle sentenze, e soprattutto senza alcuna variazione *in peius* degli importi in liquidati.

Ben altri saranno i problemi cui si troveranno dinanzi gli uffici giudiziari che adottavano la duplice liquidazione morale-esistenziale. Questi infatti, ove intendano dare attuazione all’insegnamento delle SS.UU., non potranno che decurtare drasticamente la misura del risarcimento sinora liquidato, al fine di espungere da esso il danno esistenziale.

dall’ufficio giudiziario cui appartiene, ma significa che tale variazione equitativa è necessaria solo in presenza di situazioni di fatto che si discostino in modo apprezzabile da quelle ordinarie.

⁵⁰ Trib. Roma, 7.7.2007, *Venturini c. Lucaccini*, inedita; Trib. Roma, 7.7.2007, *Sorbi c. Assitalia*, inedita; Trib. Roma 7.6.2007, *Santo c. Cattolica*, inedita.

⁵¹ Trib. Milano, 21-02-2007, in *Famiglia e dir.*, 2007, 938; Trib. Perugia, 07-01-2004, in *Rass. giur. umbra*, 2006, 33; Trib. Paola-Scalea, 03-12-2005, in *Corti calabresi*, 2006, 599.