



Università degli Studi di Cagliari

DOTTORATO DI RICERCA

DIRITTO DEI CONTRATTI

Ciclo XXIII

TUTELE CONTRATTUALI E DANNO ESISTENZIALE
IUS 01

Presentata da:	Alberto Viana
Coordinatore Dottorato:	Prof.ssa Valeria Caredda
Tutor	Prof. Giancarlo Filanti

Esame finale anno accademico 2009 - 2010

CAPITOLO PRIMO
PROFILI EVOLUTIVI DELLA RESPONSABILITÀ EXTRA CONTRATTUALE
DANNO ALLA SALUTE E DANNO ESISTENZIALE

Introduzione	3
1. Il passaggio dalla lesione del diritto soggettivo assoluto alla lesione dell'interesse protetto	6
2. La liberazione del sistema dal criterio della colpa	22
3. Il ribaltamento del rapporto tra danno al patrimonio e danno alla persona	
3.1 Il problema della risarcibilità del danno morale. Dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942	29
3.2 La depatrimonializzazione del diritto privato	38
3.3 Il problema della risarcibilità del danno alla salute	39
4. La figura del danno esistenziale	55
5. L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.	72

CAPITOLO SECONDO
LA RESPONSABILITÀ MEDICA NELLA PROSPETTIVA CONTRATTUALE

1. L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. e l'estensione del risarcimento del danno non patrimoniale alla materia contrattuale	82
2. La responsabilità medica: profili evolutivi	99
3. La responsabilità della struttura sanitaria e del medico dipendente: il contatto sociale	103
4. Obbligazioni di mezzi e di risultato: le implicazioni di una distinzione ormai superata	112
5. L'informazione e il consenso nell'attività medica	117
6. L'autonomia del diritto all'autodeterminazione	124
7. La prospettiva contrattuale	130

CAPITOLO TERZO
RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE E CONTRATTO VALIDO.
AMPLIAMENTO DELLE TUTELE RISARCITORIE.

Premessa	137
1. Violazione della buona fede e invalidità del contratto	140
2. Contratto valido e responsabilità precontrattuale	145
2.1 Le conseguenze risarcitorie della violazione della buona fede	154
3. Danni esistenziali e responsabilità precontrattuale	157
Conclusioni	159
BIBLIOGRAFIA	163

CAPITOLO PRIMO

PROFILI EVOLUTIVI DELLA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE

DANNO ALLA SALUTE E DANNO ESISTENZIALE

Sommario: Introduzione **1.** Il passaggio dalla lesione del diritto soggettivo assoluto alla lesione dell'interesse protetto **2.** La liberazione del sistema dal criterio della colpa **3.** Il ribaltamento del rapporto tra danno al patrimonio e danno alla persona **3.1** Il problema della risarcibilità del danno morale. Dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942 **3.2** La depatrimonializzazione del diritto privato **3.3** Il problema della risarcibilità del danno alla salute **4.** La figura del danno esistenziale **5.** L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.

Introduzione

La responsabilità civile ha assunto, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, la funzione di tutelare integralmente la persona sia sotto il profilo patrimoniale sia sotto quello non patrimoniale¹. I principi costituzionali, comunitari e internazionali riguardanti la tutela della persona hanno ormai da tempo ricevuto piena applicazione ed ottenuto riconoscimento anche nei rapporti di diritto privato.

Nell'arco degli ultimi quarant'anni l'ordinamento giuridico italiano ha conosciuto un'intensa evoluzione giurisprudenziale ed un continuo confronto tra i giuristi teorici e gli operatori del diritto che hanno messo in luce le zone d'ombra della responsabilità extracontrattuale e contribuito ad estenderne l'area di operatività verso molteplici direzioni.

Gli aspetti che più di altri sono stati interessati dai progressi giurisprudenziali e dottrinari hanno riguardato il significato del concetto di ingiustizia e i criteri di selezione del danno, la modificazione dei criteri di imputazione della responsabilità e la conseguente liberazione del sistema risarcitorio dalla portata omnicomprensiva della colpa, la progressiva legittimazione di aree di responsabilità al confine tra il torto ed il contratto e l'emersione di nuove tipologie di lesione e di danno in concomitanza con l'intensificarsi del progresso scientifico e tecnologico che ha caratterizzato la società italiana soprattutto a partire dal dopoguerra.²

¹ G. VETTORI, *Persona e responsabilità civile*, in *Il danno risarcibile*, a cura di G. Vettori, vol. I, Padova 2004, 1 ss.

² G. VETTORI, *Persona e responsabilità civile*, cit., 2 s.

Si potrebbe dire, utilizzando l'espressione di un autorevole studioso³, che la storia della responsabilità civile ha conosciuto almeno tre grandi stagioni, ognuna delle quali ha registrato notevoli progressi sul piano della tutela della persona.

La prima stagione è stata caratterizzata dall'abbandono della massima "nessuna responsabilità senza colpa" (Jhering) e dalla ricerca di alternativi criteri di imputazione della responsabilità che rispecchiassero i cambiamenti economico-sociali registrati nel Paese a seguito della rivoluzione industriale; la seconda stagione ha conosciuto invece una rielaborazione della nozione dell'ingiustizia del danno, il passaggio dalla tutela del diritto soggettivo assoluto (modellato sullo schema del diritto di proprietà) alla tutela dell'interesse protetto giuridicamente rilevante (diritto di credito, situazioni di fatto, interessi legittimi); la terza stagione ha portato con sé una rinnovata analisi del concetto di danno.

A quest'ultimo proposito, gli studi che hanno riguardato il danno hanno evidenziato una doppia rivoluzione all'interno del medesimo concetto: da una parte si è verificato un ribaltamento del rapporto tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale che ha visto prevalere il secondo, dall'altra parte, all'interno dello stesso concetto di danno non patrimoniale, si è riscontrata la tendenza a spostare il fulcro del problema da un danno parametrato sul guadagno ad un danno parametrato sul "valore uomo" nella sua concreta dimensione: valore non riconducibile alla sola attitudine a produrre ricchezza ma collegato alla somma delle funzioni naturali afferenti al soggetto⁴.

È opportuno precisare come la tensione della responsabilità civile verso l'integrale tutela degli interessi non patrimoniali della persona è riconducibile non soltanto a fattori causali interni all'ordinamento italiano ma, altresì, al più ampio contesto europeo ed internazionale.

In tal senso si possono individuare cause interne ed esterne all'ordinamento giuridico che hanno contribuito e contribuiscono ancora oggi a realizzare il principio dell'integrale tutela della persona.

Sotto il profilo delle cause interne si evidenzia la fondamentale importanza del fattore economico, rappresentato dalla rivoluzione industriale del XIX secolo –che ha determinato il passaggio da una economia agricola, statica, caratterizzata da scambi relativamente modesti e da un apparato tecnico non sviluppato, ad un'economia segnata dal progresso tecnologico-scientifico - e del fattore politico-giuridico, rappresentato dalla Carta Costituzionale.

³ F.D. BUSNELLI, *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 1, 27 s.

⁴ Così si è espressa Cassazione, 6 Aprile 1983, n. 2396, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 537 ss. con nota di F. MASTROPAOLO, *Tutela della salute, risarcimento del «danno biologico» e difesa dalle immissioni*. La prima sentenza della Cassazione che ha riconosciuto il danno biologico è stata Cassazione, 6 giugno 1981, n. 3675, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 1981, 477 ss.

Il rinnovato interesse per la persona, con l'entrata in vigore, il 1° gennaio 1948, della Costituzione italiana, ha offerto adeguata copertura ai diritti fondamentali dell'uomo alla vita, alla libertà personale, alla salute, incidendo profondamente sull'interpretazione del codice civile e contribuendo in modo determinante a spostare il fulcro dell'attenzione dal patrimonio della persona alla persona considerata in sé e per sé.

La modificazione del sistema gerarchico delle fonti ed il continuo lavoro della giurisprudenza della Corte Costituzionale (a partire dal 1956), nonché quello dei giudici di legittimità e del merito, hanno reso possibile l'interpretazione in senso evolutivo delle norme tradizionali del codice civile attribuendo loro nuovi significati nell'ottica della tutela dei valori fondamentali della persona.

Volgendo lo sguardo ora ad una prospettiva sovranazionale, si può constatare come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Carta di Nizza, la Costituzione europea, il recente Trattato di Lisbona abbiano costituito momenti essenziali di un continuo processo volto alla difesa ed alla promozione dei diritti dei cittadini europei. In particolare con la C.E.D.U. (Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), in un primo tempo, si è garantito un minimo standard inderogabile di tutela dell'individuo e delle sue libertà negative, per lo più rispetto al potere pubblico; in seguito, diverse e di più ampio respiro sono state le finalità dell'Unione europea che, nel suo lento procedere da Comunità economica a Unità politica, ha avuto come obiettivo quello di realizzare e promuovere lo sviluppo dei diritti attraverso l'azione positiva degli Stati membri.

Di particolare importanza, sotto questo profilo, è la Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea⁵. Nata al fine di definire un gruppo di diritti e di libertà di eccezionale rilevanza da garantire a tutti i cittadini dell'Unione, in essa sono elencati tutti i diritti fondamentali raggruppati in sei grandi capitoli: dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza e giustizia. Ne sono stati aggiunti, inoltre, altri che non figuravano nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo – ad esempio in materia di protezione dei dati, bioetica e buona amministrazione – e sono state affermate misure importanti per mettere al bando qualsiasi forma di discriminazione fondata su sesso, razza e colore della pelle.

Infine, il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, con il recepimento della Carta fondamentale dei diritti e con l'adesione alla C.E.D.U.⁶, ha costituito il più recente passaggio del graduale processo di integrazione europea.

⁵ La Carta dei diritti fondamentali è stata proclamata una prima volta il 7 dicembre a Nizza, ed una seconda volta, in una versione adattata, il 12 dicembre a Strasburgo.

⁶ G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo: dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 1, 117 ss.

1. Il passaggio dalla lesione del diritto soggettivo assoluto alla lesione dell'interesse protetto

L'area del danno risarcibile ha suscitato l'immagine di un universo in espansione⁷. Al centro di tale fenomeno espansivo si colloca l'art. 2043 c.c. ai sensi del quale *“Qualunque fatto doloso o colposo che cagioni ad altri un danno ingiusto obbliga colui che l'ha commesso a risarcire il danno”*⁸.

La norma contiene un elemento di diversità rispetto all'art. 1151 c.c. del 1865 ai sensi del quale *“Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno”*.

Nell'impiegare una formula apparentemente omnicomprensiva, in realtà, il legislatore italiano ha introdotto una limitazione, il requisito dell'ingiustizia appunto, senza peraltro fornirne una precisa definizione⁹.

Con il passaggio al nuovo codice civile il legislatore ha mostrato di volersi affrancare sia dalla tradizione francese del Code Napoléon del 1804, ispirato al principio di atipicità dei fatti illeciti, sia da quella tedesca del BGB del 1900, ispirato invece al principio di tipicità¹⁰.

È stata adottata una soluzione intermedia che si è differenziata sia dalla formula omnicomprensiva francese, sia dalla soluzione restrittiva tedesca¹¹. Probabilmente l'intenzione era quella di introdurre una clausola generale¹², suscettibile di subire nel tempo una continua evoluzione¹³.

⁷ Espressione usata da F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. impr.*, 1985, 1 ss.

⁸ In relazione ai profili evolutivi della ingiustizia del danno vedi P. SCHLESINGER, *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 336 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, in *Nov. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 164 ss.; ID., *Appunti sulla nozione di danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 464 ss.; ID., *La responsabilità civile*, in *Nov. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 628 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur.*, XVIII, Milano, 1996; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, in *Foro pad.*, 1960, I, 1420 ss.; F. D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, 49 ss; P. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 90 ss.

⁹ P. GALLO, *Introduzione alla responsabilità civile: articoli 2043-2059 c.c.*, Torino, 2000, 9.

¹⁰ Vedi G. ALPA, *Il problema della atipicità dell'illecito*, 1979, 247, secondo il quale il binomio «tipicità-atipicità» sembra poco realistico e teso a radicalizzare una contrapposizione esistente solo per comodità linguistica. Tale nomenclatura sarebbe un'espressione ellittica, una convenzione con la quale si allude a tutti i problemi che per molto tempo hanno travagliato dottrina e giurisprudenza in materia di definizione del danno risarcibile e di selezione degli interessi da proteggere. L'A. parla di sistemi originariamente aperti e di sistemi originariamente chiusi che con il mutare della realtà e con l'elaborazione delle tecniche di selezione degli interessi apprezzabili, muovono, i primi verso la tipicità, i secondi verso l'atipicità senza però mai raggiungere mai il modello opposto.

¹¹ G. ALPA, *Il problema della atipicità dell'illecito*, cit., 247; P. GALLO, *Introduzione alla responsabilità civile: articoli 2043-2059 c.c.*, cit., 9; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 11, secondo il quale *“il nostro ordinamento risulta attestato a metà tra quello francese e quello tedesco, coniugando l'elasticità del primo con l'istanza di certezza del secondo”*.

¹² In dottrina si discute se l'art. 2043 rappresenti una clausola generale o una norma di portata generale. In argomento vedi C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 9 ss., secondo il quale *“Nel momento in cui si afferma la necessità che il danno sia ingiusto, si aggiunge una qualificazione propriamente giuridica al danno come pura perdita patrimoniale”*. Ed ancora *“mentre nell'art. 1151 il*

Si precisa che sotto il vigore del codice abrogato la dottrina non dubitò mai circa la necessità del requisito dell'ingiustizia il quale però non veniva riferito al danno quanto al fatto. Erano qualificati ingiusti i fatti lesivi del c.d. dovere generale di *neminem laedere* inteso come “*sintesi di tutti i doveri specifici, imposti a ciascuno verso gli altri*”¹⁴.

In virtù di tale indirizzo tipizzante l'art. 1151 assumeva la fisionomia di una norma sanzionatoria che presupponeva la violazione di tutte quelle disposizioni che comandavano o vietavano determinati atti. Risarcibile, pertanto, era il danno inteso quale conseguenza di un atto compiuto in violazione di una norma di condotta imposta dall'ordinamento¹⁵.

Tale interpretazione si trovava in perfetta sintonia con lo Stato liberale dell'epoca, dove veniva esaltata la libertà di agire del danneggiante e nel quale di conseguenza il campo operativo della responsabilità civile era fortemente ridotto a scapito dei soggetti danneggiati.

Con l'entrata in vigore del codice del 1942 tale indirizzo tipizzante non mutò ed il requisito espresso dell'ingiustizia introdotto dal nuovo art. 2043 venne interpretato come una conferma di tale orientamento¹⁶. Si affermò che per decidere della risarcibilità del danno dovesse anche accertarsi la lesione della sfera in cui gli interessi del danneggiato erano giuridicamente protetti¹⁷. Oltre alla contrarietà del comportamento ad una qualsiasi disposizione di legge (violazione del diritto oggettivo) si richiedeva, quindi, anche la violazione della norma dettata a tutela di quel soggetto leso dal comportamento (violazione del diritto soggettivo).

L'art. 2043 c.c. pertanto continuava ad essere interpretato come norma secondaria, di sanzione rispetto a norma primarie (di divieto). Si potrebbe dire che l'area della risarcibilità era imbrigliata all'interno di una *doppia tipicità dell'illecito*¹⁸ poiché definita sulla base del richiamo ad altre norme recanti divieti e costitutive di diritti.

danno quale elemento oggettivo della fattispecie, essendo privo di connotazioni, sembra implicare la valutazione del giudice al fine di distinguere il danno giuridicamente rilevante.....da quello non rilevante e non risarcibile, nell'art. 2043 il legislatore del 1942 ha aggiunto al danno l'aggettivo ingiusto, il quale rinvia ad una valutazione già fatta dal legislatore, e perciò non rimessa al giudice”. Per un approfondimento sulla differenza tra norma di portata generale e clausola generale C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 118; in argomento anche C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno*, cit., 6 ss. Ha sostenuto, poco dopo l'entrata in vigore del codice, che fosse rilevante l'innovazione anche G. PACCHIONI, *Il danno ingiusto secondo il vecchio e il nuovo codice*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini*, II, Milano, 1947, 174-176.

¹³ P. GALLO, *Introduzione alla responsabilità civile*, cit., 10.

¹⁴ F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 744.

¹⁵ A. FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Milano, 1954, 117,

¹⁶ Vedi in argomento A. FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, cit., 117, il quale suggeriva una lettura della norma secondo la quale qualunque fatto ingiusto, doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.

¹⁷ S. PUGLIATTI, *Alterum non laedere*, cit., 98 ss.

¹⁸ E. NAVARRETTA, *L'evoluzione storica dell'ingiustizia del danno e i suoi limiti attuali*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, IV, III, Milano, 2009, 141 ss.

La tipicità cui si è fatto riferimento, infatti, si esprimeva alternativamente o nel subordinare la risarcibilità del danno alla lesione di un diritto soggettivo assoluto¹⁹ (posto che i diritti relativi erano tutelati solo nei confronti del debitore), oppure alla lesione di qualsiasi interesse anche non avente la forma del diritto soggettivo ma protetto da una norma giuridica specifica posta a protezione di quell'interesse (vedi gli esempi rappresentati dagli artt. 2675 c.c., 76 legge notarile, 872 c.c.)²⁰.

La teoria della violazione del diritto soggettivo assoluto è stata ritenuta insoddisfacente poiché “*da un punto di vista metodologico, non si raccomanda un'interpretazione che cerca di cogliere il significato di un elemento di una certa fattispecie, avvalendosi di un concetto dogmatico, quale quello di diritto soggettivo assoluto: concetto che non solo è frutto di elaborazione puramente teorica, ma per di più è particolarmente controverso*”²¹. Di conseguenza non sempre è facile accertare se certi interessi, sicuramente degni di protezione, siano tutelati dall'ordinamento giuridico mediante la concessione di un diritto soggettivo; inoltre, la configurazione del requisito

¹⁹ G. GIORGI, *Obbligazioni*, Firenze, 1886, V, n. 167, il quale così scriveva: “*Il criterio che andiamo cercando consiste unicamente nell'investigare, se da parte dell'offeso esisteva un diritto, con cui gli era garantito ciò che ha perduto*”. (...) “*Il criterio che andiamo cercando consisterà nel vedere, se dal lato del danneggiato esisteva un diritto, o semplice interesse. Diritto intendiamo, godimento di utilità garantito dalla legge: semplice interesse, godimento di utilità non garantito dalla legge. E qui si apre alla indagine del giureconsulto uno dei campi più vasti del gius civile: trattandosi di indagare quanto si estenda ciascuno dei vari diritti*”; G. LOMONACO, *Delle obbligazioni*, I, Napoli, 1890, 266; G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale*², I, Torino, 1903, 83 ss.; G. CESAREO CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno*, Torino, 1908, 1 ss.; G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Studi delle obbligazioni*, I, Roma, 1919, 142; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*², II, Milano, 1948, 423 s. *Contra* S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 187 s.; R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, cit., 1436 s.; P. SCHLESINGER, *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, cit., 338 s.

Parte della dottrina ha spiegato come la centralità del diritto soggettivo assoluto nel sistema della responsabilità civile si comprende se analizzata alla luce delle ragioni storiche che ne hanno determinato l'importanza nella società civile, ed ha di conseguenza messo in luce i legami correnti fra risarcimento e situazioni alle quali la coscienza sociale, in un determinato momento storico, è portata ad attribuire maggiore rilevanza, tra presupposti di responsabilità e concezioni ideologiche dominanti. Secondo S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 189 s., la circoscrizione del risarcimento alle sole ipotesi di lesione del diritto soggettivo assoluto deriva dal nesso intercorrente tra fatto dannoso e violazione del diritto di proprietà. Secondo l'A. tale nesso si spiegherebbe se si considera la particolare importanza economica dei beni oggetto del diritto reale nonché il valore strutturale della proprietà, paradigma del diritto soggettivo assoluto

²⁰ Per ampie citazioni in tal senso si veda G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano 1958, 155, nota 25.

²¹ P. SCHLESINGER, *La «ingiustizia»*, cit., 338; vedi anche R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, cit., 1436, secondo il quale il problema è cosa e quali siano i diritti soggettivi., fatti salvi i diritti reali di godimento, il diritto al nome e il diritto all'immagine. L'A. contesta, poi, il procedimento che conduce a costruire l'esistenza di diritti, come quello alla vita, sulla base di una mera sanzione (sanzione penale), per farne derivare la conseguenza civile del risarcimento e sostiene allora che tanto varrebbe far derivare la conseguenza civile dalla sanzione penale senza scomodare la categoria del diritto soggettivo e soprattutto senza gonfiarla creando diritti impensati.

Sul punto vedi anche S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 188, secondo il quale fare del diritto soggettivo il momento centrale del sistema di responsabilità civile rischierebbe di rendere il concetto ipertrofico per la necessità di ricondurre nell'ambito di tale figura tutte le situazioni riconosciute rilevanti dall'ordinamento giuridico.

dell'ingiustizia quale criterio formale di rinvio sarebbe di ostacolo alla tutela di nuovi bisogni ed interessi per i quali non sempre il legislatore interviene tempestivamente²².

Attribuire al requisito dell'ingiustizia il semplice valore di criterio formale di rinvio alle varie figure di illecito significherebbe presupporre una completezza del sistema legislativo, nel senso che ogni interesse meritevole di tutela sarebbe già oggetto di specifica protezione. Ciò tuttavia rappresenta un ideale irraggiungibile per via del continuo mutare delle forme di organizzazione sociale e della tecnica, che presentano sempre nuovi problemi e nuove esigenze che richiedono un continuo adeguamento del regime degli atti illeciti²³.

Analogamente è stata criticata la teoria che riconduceva l'atto illecito alla violazione di regole tipiche. Sebbene meno restrittiva della precedente, la tesi rimane pur sempre legata al principio di tipicità subordinando la risarcibilità del danno alla violazione di doveri risultanti da altre norme di legge. In particolare, si è osservato che l'accoglimento di tale posizione porterebbe ad escludere dalla tutela forme di disonestà o negligenza dannosa che il legislatore non ha previsto e regolato ma per le quali sarebbe opportuna la sanzione civile²⁴. Non mancò chi come F. Carnelutti evocò lo strumento dell'analogia iuris per estendere l'area del danno risarcibile²⁵.

L'inconveniente insito nelle succitate concezioni risiede nel fatto che il diritto al risarcimento pecuniario è comunque subordinato all'esistenza di una norma protettiva dell'interesse leso.

Soltanto negli anni sessanta la dottrina cominciò e ad interpretare diversamente l'ingiustizia al fine di adeguare la disciplina codicistica ai mutamenti della società civile. In verità il discorso sull'ingiustizia del danno deve partire dalla mutata concezione della funzione rivestita dalla responsabilità aquiliana²⁶.

A tal proposito è stato essenziale il contributo teorico di Renato Scognamiglio, il quale per primo ha abbandonato la teoria che riconduceva la responsabilità alla prospettiva sanzionatoria dell'illecito per accogliere l'idea moderna di reazione al danno ingiusto²⁷.

²² P. SCHLESINGER, *La «ingiustizia»*, cit., 340.

²³ P. SCHLESINGER, *La «ingiustizia»*, cit., p. 340, il quale a riprova di quanto sostenuto, richiama le decisioni con le quali la giurisprudenza accordava il rimedio riparatorio anche quando non era possibile sostenere che fosse stato violato un diritto soggettivo o fosse stata violata una norma primaria protettiva dell'interesse pregiudicato. Nello stesso ordine di idee vedi P. TRIMARCHI, *Illecito*, cit., 96, il quale condivide la critica dello Schlesinger ma la utilizza contro lo stesso autore quando egli propone di colpire tutti gli atti dannosi tranne quelli espressamente giustificati da "sicuri indici normativi" in quanto "le modificazioni economiche e sociali della vita associata, come possono determinare l'esigenza di colpire nuove forme di illecito, così possono far affiorare nuove ragioni di non intervento contro certi atti dannosi".

²⁴ P. TRIMARCHI, *Illecito*, cit., 95, il quale fa alcuni esempi fra i quali quello della diffusione di notizie false e dannose (fuori delle ipotesi della diffamazione e dell'aggiotaggio), e quello della lesione della riservatezza attraverso la pubblicazione di indiscrezioni relative alla vita privata

²⁵ F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 745.

²⁶ Per una panoramica delle definizioni di responsabilità civile vedi S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 41 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1996, 332.

La funzione propria della responsabilità extracontrattuale consiste, infatti, nello stabilire se un evento dannoso debba restare a carico di chi lo ha subito oppure se possa essere trasferito in capo ad altro soggetto²⁸. La fattispecie di cui all'art. 2043 c.c. non comporta l'eliminazione oggettiva del decremento patrimoniale sofferto dal danneggiato, ma solamente il trasferimento di esso da un soggetto ad un altro.

Alla luce di questa innovativa interpretazione l'illecito civile se per un verso continuava a modellarsi su quello penale sul piano del disvalore della condotta per la necessità di individuare il soggetto cui imputare la condotta colposa o dolosa, per altro verso, però se ne discostava sul piano della finalità. Poiché il danno rappresenta la ragione del risarcimento, la misura della sanzione non dipenderà più dalla riprovevolezza della condotta bensì dall'entità del danno stesso.

La *ratio* della responsabilità aquiliana non sarebbe dunque quella di punire il danneggiante ma quella di garantire il patrimonio del danneggiato nella misura in cui il danno non sia causalmente giustificato ed al contempo sia riconducibile ad un fatto, di regola colposo o doloso, compiuto da un soggetto²⁹. Il principio indennitario, d'altronde, dimostrerebbe proprio questo: il danneggiato non può ottenere più di quello che ha perso e comunque non ha diritto al risarcimento del danno che ha contribuito a creare con la sua condotta (artt. 2056, 1227 c.c.).

L'aver spostato il baricentro del sistema della responsabilità dal fatto illecito al danno ingiusto ha permesso di separare i concetti di antigiuridicità e di ingiustizia, di recidere ogni collegamento strutturale con il c.d. dovere generale di *neminem laedere*³⁰, di configurare l'art. 2043 come una norma primaria e di aprire la via ad una concezione atipica dei fatti illeciti.

L'aver riferito l'ingiustizia al danno invece che al fatto, ha portato in seguito a chiedersi quali fossero i danni ingiusti e quanto estesa fosse l'area del danno risarcibile. Si registra a questo proposito un processo evolutivo, stimolato dalla dottrina e sviluppato dalla giurisprudenza, che dal diritto soggettivo assoluto si snoda attraverso il riconoscimento della rilevanza aquiliana del diritto di credito, delle situazioni di fatto ed

²⁷ R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, cit., 332; vedi anche ID., *Illecito*, cit., 171 secondo il quale la responsabilità civile consiste nella "reazione che il diritto appresta avverso il danno ingiusto, imponendo a chi vi ha dato causa l'obbligo di risarcirlo".

²⁸ Si registra dunque un'inversione di prospettiva in base alla quale se prima il danno poteva dirsi ingiusto se il fatto era illecito adesso il fatto è illecito se il danno è ingiusto. Danno ingiusto è quello che lede un interesse protetto dall'ordinamento e provocato da chi ha agito in assenza di una causa di giustificazione (danno *contra ius* e non *iure datum*).

²⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, cit., 171, secondo il quale "l'obbligo risarcitorio si risolve nel rimettere per quanto possibile, e per lo più per equivalente, il danneggiato nella condizione *quo ante*.."

³⁰ Sul punto vedi S. PUGLIATTI, *Alterum non laedere*, cit., 98 ss.; C. MAIORCA, *Colpa civile (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 544 ss.; F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, cit., 744.

infine dell'interesse legittimo, arrivando da ultimo, in una sorta di tipicità progressiva, ad identificare il danno ingiusto nella lesione di un interesse giuridicamente rilevante.

Le ricostruzioni avanzate dagli Autori negli anni sessanta hanno in comune il tentativo di attribuire alla norma di cui all'art. 2043 c.c. un carattere primario, più elastico e adeguato ad una società sempre più dinamica³¹. Al centro di ogni proposta si pone la figura del giudice (seppure con rilievo più o meno marcato nelle diverse ricostruzioni che a volte tradiscono la preoccupazione di legittimare un eccessivo potere dell'interprete chiamato a giudicare)³² e l'arretramento della centralità della norma positiva come unico punto di riferimento per la disciplina dei fatti dannosi.

Il fatto illecito alla luce del nuovo contesto interpretativo assume, dunque, rilevanza non perché viola un dovere legale preesistente ma in quanto produce un danno ingiusto sulla scorta della considerazione che i problemi dell'illecito civile non possono affrontarsi adeguatamente con metodi che abbiano esclusivamente un carattere sistematico-deduttivo³³.

Diverse sono le elaborazioni circa il significato di ingiustizia del danno. Secondo una prima ricostruzione risalente a S. Rodotà, ispirata all'art. 2 della Carta Costituzionale ed al principio di solidarietà rinvenibile da molteplici indici normativi presenti all'interno del codice civile³⁴, il danno ingiusto è una clausola generale e si concretizza in presenza di qualsiasi lesione di una situazione giuridica soggettiva rilevante (danno *contra ius*)³⁵.

Emerge dall'interpretazione offerta dall'A. la nuova prospettiva che caratterizza il passaggio dallo Stato liberale ad uno Stato sociale: al principio della libertà di agire si contrappone il principio della solidarietà che avrebbe il potere di rendere abusivo lo stesso esercizio della libertà di agire, ove essa cagioni danni che ledano interessi giuridicamente rilevanti³⁶.

³¹ P. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, cit., 93, i quale afferma che “a differenza fra i sistemi fondati su una regola generale e quelli fondati sulla previsione di figure tipiche riguarda il diverso ruolo del giudice, nel senso che nei primi spetta al giudice di introdurre volta per volta le necessarie limitazioni, specificazioni e articolazioni del principio che vieta di danneggiare altri ingiustamente, mentre nei secondi questo problema è già risolto, in larga misura, nella legge (o nel sistema dei precedenti)”.

³² Vedi in particolare P. TRIMARCHI, *Illecito*, cit., 97 ss., il quale reputa insufficiente, specie nel campo dell'illecito, una concezione secondo la quale i giudici non sono mai chiamati a completare il sistema di legge, ma solo a conoscerlo.

³³ Vedi sul punto le osservazioni di P. TRIMARCHI, *Illecito*, cit., 98, secondo il quale “le valutazioni dell'interprete qui più che altrove hanno un'importante funzione”.

³⁴ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 89 ss., fa riferimento agli artt. 1175, 1337, 833 c.c. rispettivamente dedicati al comportamento secondo correttezza, alle trattative precontrattuali e agli atti emulativi. L'A. riporta un passo significativo della Relazione al codice civile, pp. 344-345, secondo il quale “la correttezza che impone l'art. 1175 non è soltanto un generico dovere di condotta morale; è un dovere giuridico qualificato dall'osservanza dei principi di solidarietà corporativa, a cui il codice, nell'articolo richiamato, espressamente rinvia”.

³⁵ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 112.

³⁶ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 114 s., 186 ss. e 196 ss.; sul concetto di abuso del diritto vedi anche F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, cit., 77.

Una seconda ricostruzione, facente capo a P. Schlesinger, afferma in primo luogo il carattere primario dell'art. 2043 all'interno del quale sarebbe codificato il principio generale consistente nel dovere di *alterum non laedere*³⁷ cioè nel dovere di non arrecare danno agli altri che viene ad essere in tal modo svincolato dalle singole previsioni di altre fattispecie di illecito.

In secondo luogo, al fine di conciliare l'obbligo di non danneggiare gli altri e l'esigenza di tutelare lo svolgimento delle attività che l'ordinamento ritiene di incoraggiare e proteggere, riconduce l'ingiustizia al danno *non iure datum* cioè al danno non giustificato da "sicuri indici normativi" dai quali possa desumersi l'esistenza di una causa di giustificazione³⁸. La risarcibilità del danno dunque viene valutata non in funzione dell'esistenza di una protezione dell'ordinamento all'interesse leso, ma in funzione dell'esistenza o meno di una protezione dell'ordinamento all'interesse del danneggiante a svolgere una certa attività anche a costo di un sacrificio economico altrui³⁹.

Un'altra ipotesi, che verrà confermata anche successivamente dalla giurisprudenza, configura il danno ingiusto come danno *contra ius e non iure datum*⁴⁰.

L'ingiustizia viene analizzata da altro punto di vista da R. Sacco⁴¹, il quale reputa che la trasposizione, operata dalla dottrina tradizionale dal danno al fatto, vada accettata con opportune riserve. L'ingiustizia del danno deve infatti considerarsi un presupposto autonomo della responsabilità che ha il preciso significato di escludere il risarcimento

³⁷ Sull'esistenza di un dovere generale di *neminem laedere* non concorda F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, cit., 744, il quale ritiene che esso sia una specie di Fata Morgana che ha sempre illuso i giuristi. "Quel dovere generico non è in realtà che la sintesi di tutti i doveri specifici, imposti a ciascuno verso gli altri... Non si può stabilire che un atto *aliquem laedit*, se non si stabilisce che chi lo compie *iure suo non utitur*, e non si può stabilire questo senza stabilire se egli ha o non ha l'obbligo di astenersene; cioè non si può decidere se l'atto viola il dovere generico senza sapere se infrange un dovere specifico".

³⁸ P. SCHLESINGER, *La «ingiustizia»*, cit., 342; in disaccordo S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 193 ss., secondo il quale la teoria è seducente ma lascerebbe aperte nel sistema numerose lacune. Esisterebbero, infatti, pregiudizi economici che non assumono rilevanza giuridica e nonostante ciò non possono essere ricondotti ad un comportamento giustificato. Vedi anche la critica di P. TRIMARCHI, *Illecito civile*, cit., 96, il quale sostanzialmente imputa all'A. di spostare il principio di tipicità, criticato dallo stesso Schlesinger, dagli atti illeciti alle cause di giustificazione. Si veda anche C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 23, per il quale l'identificazione dell'ingiustizia con il difetto di una causa di giustificazione significherebbe spostare tale qualificazione dal danno alla condotta e dunque far coincidere l'ingiustizia con l'antigiuridicità.

³⁹ Secondo l'A., "per escludere l'ingiustizia di un danno non è sufficiente la generica liceità, per mancanza di uno specifico divieto, del comportamento dannoso, ma occorre che il legislatore, per qualche particolare esigenza, autorizzi l'atto anche a costo di un altrui sacrificio. Pertanto, può ben sostenersi il principio generale per cui «ingiusto» è ogni comportamento dannoso non posto in essere nell'esercizio di un diritto".

⁴⁰ Vedi C. MAIORCA, *Colpa civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 543, secondo il quale "la determinazione dell'ingiustizia non può assumersi esclusivamente dal punto di vista del danneggiante o da quello del danneggiato, bensì in una considerazione correlativa di entrambi". In giurisprudenza vedi Cassazione, sezioni unite, 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, 342 e 1284; Cassazione, sezioni unite, 30 marzo 1972, n. 1008, in *Foro it.*, 1972, I, 887; Cassazione, sezioni unite, 24 giugno 1972, n. 2135, in *Foro it.*, 1973, I, 99; Cassazione, 27 maggio 1975, n. 2129, in *Foro it.*, 1976, I, 2902; Cassazione, 1° aprile 1980, n. 2105, in *Foro it.*, 1981, I, 402.

⁴¹ R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, cit., 1421.

ogniquale volta il legislatore non intenda garantirlo⁴². In questo senso nemmeno chi agisse *contra ius* potrebbe essere obbligato a risarcire un danno che la legge non intende ristorare⁴³.

Sul piano del fatto illecito, l'A. sostiene che esso si caratterizzi per una specifica «ingiustizia». Egli, per un verso, rifiuta la sua identificazione con “*l’antigiuridicità enunciata espressamente in una norma diversa dall’art. 2043 c.c.*”, per altro verso, invece, la qualifica come un concetto giuridico – positivo insuscettibile di essere arbitrariamente valutato dall’interprete, il quale pertanto dovrà comunque rifarsi a testi di legge che reprimono o prevengono determinati comportamenti umani. Ne consegue che l’enucleazione degli illeciti civili tipici discenderà dall’applicazione di un procedimento di semplificazione delle fattispecie legalmente prevenute o represses all’interno delle quali, ai fini della responsabilità civile, basterà individuare ed isolare taluni elementi che costituiscono la ragione dell’ingiustizia⁴⁴.

L’ipotesi forse più innovativa è riconducibile alla tesi di P. Trimarchi il quale dedica particolare attenzione al giudizio di comparazione fra interessi confliggenti svolto attraverso l’attività induttiva del giudice⁴⁵. Secondo l’A. il problema dell’illecito civile si risolverebbe principalmente, anche se non esclusivamente, nel confronto tra l’interesse del danneggiato e quello del danneggiante effettuato alla luce del criterio dell’utilità pubblica⁴⁶.

Un contributo fondamentale all’evoluzione dell’istituto della responsabilità civile si deve anche a F.D. Busnelli, il quale ha approfondito il tema della tutela aquiliana del credito offrendo così un apporto teorico decisivo nel superamento dell’equazione tra ingiustizia del danno e lesione di un diritto soggettivo assoluto⁴⁷.

Nell’opporsi al classico insegnamento⁴⁸ secondo cui la rilevanza dei diritti di credito si esaurisce nel rapporto obbligatorio tra creditore e debitore, l’A. fonda la propria tesi sulla figura del diritto soggettivo inteso come situazione giuridica soggettiva *semplice ed*

⁴² R. SACCO, *L’ingiustizia di cui all’art. 2043 c.c.*, cit., 1421; con l’imposizione del requisito dell’ingiustizia, la legge vuole escludere “*il risarcimento del lucro illecito mancante, nonché il depauperamento emergente cui il soggetto danneggiato volesse sottrarsi illegalmente*”.

⁴³ R. SACCO, *L’ingiustizia di cui all’art. 2043 c.c.*, cit., 1422, il quale fa l’esempio del ladro di documenti che non deve risarcire il danno derivante al soggetto leso dalla divulgazione dei documenti stessi che hanno consentito al fisco di accertare il reddito del derubato.

⁴⁴ R. SACCO, *L’ingiustizia di cui all’art. 2043 c.c.*, cit., 1439; Secondo E. NAVARRETTA, *L’evoluzione storica dell’ingiustizia del danno e i suoi lineamenti attuali*, in *Diritto civile*, IV, diretto da Nicolò Lipari e Pietro Rescigno, 2009, p. 143, quello di R. Sacco è il ragionamento tipico del procedimento analogico attraverso il quale l’A., negando eccezionalità alle previsioni di legge, supera il principio di tipicità dell’illecito che limitava fortemente il campo operativo della responsabilità civile.

⁴⁵ P. TRIMARCHI, *Illecito*, cit., p. 98, il quale esalta la funzione dell’interprete che nella risoluzione dei problemi relativi all’illecito civile, potrà indurre dal complesso delle leggi le direttive economiche e sociali alle quali attenersi nel giudizio di comparazione fra gli interessi in gioco.

⁴⁶ P. TRIMARCHI, *Illecito*, cit., 98.

⁴⁷ F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi*, cit., 3 ss.

⁴⁸ Vedi a tal proposito A. FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio al credito*, Milano, 1954.

*unitaria*⁴⁹ che l'ordinamento giuridico prende in considerazione, a seconda dei casi, sotto due profili distinti: il *profilo dinamico* incentrato sulla facoltà di agire che varia con il variare delle categorie di diritti cui essa si riferisce, e il *profilo statico* incentrato sull'interesse, termine con il quale si intende il diritto soggettivo non già in funzione del suo possibile esercizio, bensì in ragione della sua rilevanza giuridica *erga omnes* e che rappresenta l'elemento costante ed uniforme in tutte le categorie di diritti soggettivi⁵⁰.

Orbene, sulla base della premessa appena esposta anche nel diritto di credito può individuarsi, da un lato, ciò che permette di distinguerlo dagli altri diritti e cioè la facoltà di agire incentrata sulla pretesa verso il debitore e, dall'altro lato, l'interesse quale valore giuridicamente rilevante *erga omnes* che lo accomuna a tutte le altre situazioni soggettive.

Facendo leva sul profilo statico del diritto soggettivo l'A. giunge ad affermare che anche il diritto di credito può essere leso dal comportamento di un terzo estraneo al rapporto obbligatorio, portando quale esempio dimostrativo della bontà della propria tesi la norma che disciplina l'adempimento del terzo (art. 1180 c.c.). Tale istituto rappresenta un'ipotesi in cui l'"interesse" del creditore è preso in considerazione dalla legge in vista del suo soddisfacimento e nel quale la realizzazione del diritto di credito prescinde dal meccanismo tipico dell'attuazione del rapporto obbligatorio. Ed allora, così come è ammessa per legge un'incidenza del fatto del terzo sull'interesse del creditore nel senso del suo soddisfacimento, può logicamente anche ammettersi la possibilità di una uguale incidenza del fatto del terzo nel senso opposto e cioè in quello della sua violazione⁵¹.

Le ricostruzioni elaborate dalla dottrina hanno tardato ad affermarsi nella giurisprudenza che per lungo tempo si è allineata alla concezione tradizionale preferendo mascherare da diritto soggettivo situazioni che di questo non avevano la consistenza⁵². L'interpretazione restrittiva dell'art. 2043 c.c. è stata nel tempo sottoposta a revisione attraverso una revisione del concetto dell'ingiustizia del danno che ha conosciuto, sotto il profilo dell'oggetto della tutela risarcitoria, almeno tre fasi⁵³: 1) danno ingiusto come lesione di un diritto soggettivo assoluto, 2) danno ingiusto come lesione di un diritto soggettivo, anche relativo⁵⁴ 3) danno ingiusto come lesione di un interesse anche se non protetto nella forma del diritto soggettivo⁵⁵.

Protagonista del cammino evolutivo è stata la Suprema Corte di Cassazione che, poco per volta, ha scardinato l'assolutezza del principio tradizionale (secondo il quale

⁴⁹ F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi* cit., 40.

⁵⁰ F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi*, cit., 34, 35 e 44.

⁵¹ F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi*, cit., 46.

⁵² Ci si riferisce al c.d. diritto all'integrità del patrimonio e alla libera determinazione negoziale. Contro la tesi del mascheramento C.M. BIANCA, *Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 691, secondo il quale il patrimonio non è altro che il complesso dei diritti patrimoniali, per cui la sua lesione rileva come lesione dei diritti che lo compongono. Lo stesso dicasi per la libertà negoziale, ritenuta un diritto soggettivo pieno facente parte dei diritti fondamentali della persona.

⁵³ F. GALGANO, *Le mobili frontiere*, cit., 1.

⁵⁴ Cassazione, 26 gennaio 1971, n. 174, in *Giur. it.*, 1971, 680 ss.

⁵⁵ Cassazione, 22 luglio 1999, n. 500, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2261 ss.

meritavano tutela risarcitoria i danni derivanti dalla lesione del diritto soggettivo assoluto), procedendo ad un costante ampliamento dell'area della risarcibilità del danno aquiliano, quantomeno, agli inizi, nei rapporti tra privati.

Un primo significativo passo in tale direzione è rappresentato da Cassazione, 26 gennaio 1971 n. 174 alla quale si deve l'estensione della tutela risarcitoria aquiliana alla lesione diritti di credito (successivamente ribadita da varie pronunce fra le quali Cass. n. 2105/80; n. 555/84; n. 5699/86; n. 9407/87)⁵⁶.

Il problema che la Corte ha positivamente risolto⁵⁷, e che costituiva il quesito principale della causa sottoposta alla sua decisione, era incentrato sull'ammissibilità della tutela extracontrattuale in caso di lesione colposa⁵⁸ del credito da parte di soggetto estraneo al rapporto obbligatorio⁵⁹.

Ebbene, stando alla parte motiva della sentenza, gli argomenti che ostavano al riconoscimento della tutela aquiliana del diritto relativo si rinvenivano nell'inesistenza di un generico dovere di astensione da parte dei terzi in relazione ai rapporti di credito, nella rigida distinzione e contrapposizione fra diritti assoluti e diritti relativi, e nel principio di relatività degli effetti del contratto di cui all'art. 1372 c.c.

Si escludeva, in altri termini, che il titolare di un diritto di credito potesse godere di una protezione immediata e diretta a fronte della lesione della sua posizione creditoria ad opera di un terzo⁶⁰.

⁵⁶ Per i commenti al c.d. "caso Meroni", Cassazione, sezioni unite, 26 gennaio 1971, n. 174, in *Giur. it.*, 1971, 680 ss., con nota di G. VISINTINI, *In margine al caso Meroni*; in *Giust. civ.*, 1971, I, 201, con nota di F. SANTOSUOSSO, «*La nuova frontiera*» della tutela aquiliana del credito; in *Foro it.*, 1971, I, 1284 ss., con nota di F. D. BUSNELLI, *Un clamoroso «revirement» della Cassazione: dalla «questione di Superga» al «caso Meroni»*; vedi anche G. CIAN, *La virata della cassazione sulla tutela aquiliana del credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, II, 199 ss.

In relazione al precedente "caso Superga" dove morì l'intera squadra dell'Ass. calcio Torino, vedi Cassazione., 4 luglio 1953 n. 2085, in *Foro it.*, 1953, I, c. 1087, vedi W. BIGIAMI, *L'associazione Calcio Torino e il disastro di Superga*, in *Giur. it.*, 1951, IV, 81 ss.; E. REDENTI, *Aspetti giuridici della tragedia di Superga*, in *Giur. it.*, 1951, c. 49 ss.; P. GRECO, *Se un'associazione calcistica ha diritto a risarcimento del danno aquiliano per la perdita della sua squadra avvenuta durante un trasporto aereo*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 422 ss.; D. BARBERO, *Responsabilità aquiliana per lesione del rapporto personale*, in *Foro pad.* 1951, III, c. 58 ss. In tutti e tre i gradi di giudizio (Trib. Trino 15 settembre 1950, in *Foro it.*, 1950, I, 1230; Appello Torino, 23 gennaio 1952, *ivi*, 1952, I, 219; Cassazione, 4 luglio 1953, n. 2085, *ivi*, 1953, I, 1087) fu negato alla Ass. calcio Torino (creditrice), il risarcimento del danno subito a seguito della morte dei propri giocatori (debitori) imputabile alla società di trasporti aerei (terzo).

⁵⁷ Nell'accogliere la risarcibilità della lesione del credito da parte del terzo la Suprema Corte si preoccupa che la responsabilità del terzo "risulti contenuta entro confini sufficientemente rigorosi e sicuri e che la giustificata esigenza di impedire una indefinita propagazione dei danni risarcibili trovi adeguata soddisfazione".

⁵⁸ F. SANTOSUOSSO, «*La nuova frontiera*» della tutela aquiliana del credito, cit., 204, precisa che la risarcibilità per lesione dolosa del credito era già pacificamente accolta.

⁵⁹ F. SANTOSUOSSO, «*La nuova frontiera*» della tutela aquiliana del credito, cit., 204, sottolinea, sulla scorta di quanto affermato anche dalla sentenza, come il superamento della lettura restrittiva dell'art. 2043 c.c. è riconducibile all'esigenza di adeguare la tutela giuridica all'evoluzione della concezione economico-sociale dei beni.

⁶⁰ Vedi G. VETTORI, *Persona e responsabilità civile*, in *Il danno risarcibile*, I, cit., 4, il quale evidenzia come la protezione del credito si reputava dannosa perché imponeva ai terzi dei doveri di

La Corte ha dato corso alla sua opera reinterpretativa occupandosi dell'effettivo ambito applicativo della norma di cui all'art. 1372 c.c. ed affermando che ad essa erano stati attribuiti un significato e una portata che certamente non aveva.

La statuizione secondo la quale il contratto non produce effetto rispetto ai terzi (salvi i casi previsti dalla legge), significa soltanto che, in ossequio al principio di autonomia contrattuale, il contratto non può produrre effetti a vantaggio o a danno di coloro che non abbiano partecipato alla sua formazione. Ciò che si esclude è, dunque, soltanto la indebita proiezione degli effetti propri del contratto nella sfera giuridica dei terzi. Da ciò ne consegue che i terzi non possono, senza subire conseguenze, interferire, con il loro comportamento illecito, nelle situazioni giuridiche costituite, in capo ai contraenti, per effetto del contratto.

La norma, quindi, “*nulla ha a che vedere con gli effetti riflessi che il contratto, per il solo fatto della sua esistenza, può produrre anche fuori della sfera giuridica dei contraenti: e come il contratto che, pur non essendo diretto a tale scopo, cagioni ingiusto danno ad un terzo, ledendone un diritto soggettivo, può dare origine a responsabilità extracontrattuale dei contraenti nei confronti di lui, così non è dato scorgere perché la norma dell'art. 1372 dovrebbe, di per sé, escludere la risarcibilità del danno che il terzo, col suo illecito, cagioni alla ragione creditoria di uno dei contraenti*”⁶¹.

Quanto alla distinzione fra diritti assoluti (caratterizzati da immediatezza e assolutezza) e diritti relativi (caratterizzati dalla mediatezza e dalla relatività), la Corte ha superato l'idea secondo la quale, di fronte ai rapporti di credito, la cui lesione può provenire soltanto dal soggetto obbligato, non può ammettersi l'esistenza, a carico della comunità dei consociati, di un generale dovere di astensione.

La formulazione della norma, infatti, non consente di assumere come dato certo e decisivo la rigida contrapposizione dei diritti assoluti ai diritti relativi.⁶² La “ingiustizia” di cui all'art. 2043 c.c., quale componente essenziale della fattispecie di responsabilità civile, deve essere intesa nella duplice accezione di danno prodotto *non iure* e *contra ius*. *Non iure* nel senso che il fatto produttivo del danno non deve essere altrimenti giustificato dall'ordinamento. *Contra ius*, nel senso che il fatto deve ledere una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall'ordinamento giuridico nella forma del diritto soggettivo perfetto⁶³. L'interpretazione offerta della Suprema Corte, per un verso, ha escluso dall'ambito di operatività dell'art. 2043 c.c. la tutela aquiliana degli interessi che non

astensione, con gravi ripercussioni sulla libera circolazione dei beni e sul libero intreccio dei rapporti commerciali.

⁶¹ Così si è espressa Cassazione, sezioni unite, 26 gennaio 1971, n. 174, in *Giur. it.*, 1971, 680 ss.

⁶² Cassazione, sezioni unite, 26 gennaio 1971, n. 174, cit. 680 ss.

⁶³ F. SANTOSUOSSO, «*La nuova frontiera*» della tutela aquiliana del credito, cit., 206, dichiara di privilegiare, rispetto alla tesi eclettica della Corte che qualifica ingiusto il danno *non iure datum* e *contra ius*, quest'ultimo significato dell'ingiustizia, in considerazione del fatto che nell'ordinamento giuridico vi sarebbero diverse ipotesi normative che prevedono la risarcibilità dei diritti lesi anche in presenza di comportamenti giustificati (artt. 843, 924, 925, 1328).

assurgono al rango di diritti soggettivi e, per altro verso, ha reso arbitraria, ai fini del riconoscimento o della esclusione della tutela, ogni discriminazione fra diritti assoluti e diritti relativi⁶⁴.

La pronuncia è stata accolta positivamente anche se una parte della dottrina ha espresso perplessità sia in ordine alla *convenienza* di estendere al credito la tutela aquiliana di cui all'art. 2043 c.c., sia in relazione al problema dei danni imprevedibili che il terzo sarebbe tenuto a risarcire al creditore in conseguenza della lesione colposa del credito.⁶⁵

Con il passare del tempo e l'evolvere dell'ordinamento giuridico, poi, la giurisprudenza ha continuato l'opera di erosione del principio di risarcibilità dei soli diritti soggettivi perfetti procedendo al riconoscimento di posizioni giuridiche che del diritto non avevano la consistenza. È il caso del c.d. diritto all'integrità del patrimonio⁶⁶ o alla libera determinazione negoziale⁶⁷, in relazione ai quali è stata affermata la risarcibilità del danno da perdita di chance, intesa come probabilità effettiva e congrua di conseguire un risultato utile, da accertare secondo il calcolo delle probabilità o per presunzioni⁶⁸; è il caso, ancora, della risarcibilità delle aspettative legittime di natura patrimoniale nei rapporti familiari, anche con riferimento alla famiglia di fatto.⁶⁹

La giurisprudenza ha mostrato, invece, una certa resistenza al risarcimento degli interessi legittimi, almeno fino alla pronuncia n. 500/1999 delle sezioni unite della Corte di Cassazione, (che ha coinciso con il passaggio alla terza fase cui sopra si faceva

⁶⁴ Vedi G. VISINTINI, *In margine al caso Meroni*, cit., 684, secondo la quale il fatto che la Corte Suprema abbia allargato l'area della tutela risarcitoria anche ai diritti relativi in quanto diritti soggettivi perfetti dimostrerebbe che il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito è anzitutto un problema di valutazione dell'ingiustizia del danno.

⁶⁵ G. CIAN, *La virata della Cassazione sulla tutela aquiliana del credito*, cit., 203 s., secondo il quale la sentenza della Corte non ha toccato il problema centrale della colpevolezza che è dirimente sulla convenienza (e non sulla possibilità o impossibilità logica) della estensione della tutela aquiliana anche al diritto di credito. Poiché secondo l'art. 2043 c.c. si risponderebbe anche per colpa incosciente, all'A. è parso eccessivo imporre a tutti i consociati un obbligo generale di stare attenti a non ledere i diritti di credito altrui. Considerato anche che tali diritti non hanno quella «pubblicità» o «evidenza sociale tipica» caratteristica dei diritti assoluti, che giustifica l'imposizione a tutti i consociati di un obbligo di astensione da ogni atto lesivo delle posizioni giuridiche tutelate erga omnes. Esprime qualche dubbio anche F. SANTOSUOSSO, «*La nuova frontiera*» della tutela aquiliana del credito, cit., 205, secondo il quale «*la rottura dei vecchi argini esige una più sicura precisazione dei nuovi limiti*». Secondo l'A. il punto più delicato della nuova breccia aperta dalla Suprema Corte riguarderebbe i danni imprevedibili a carico del terzo con la conseguente ingiustificata diversità di trattamento a seconda che la lesione provenga dal debitore o dal terzo. Per questo propone che il danno prevedibile o imprevedibile debba essere comunque risarcito nei limiti dell'entità materiale e giuridica del bene leso.

⁶⁶ Sul danno al patrimonio, vedi in dottrina, A. DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 297 ss.

⁶⁷ Vedi Cass., 4 maggio 1982, n. 2765, in *Foro it.*, 1982, I, 2864 ss.; Cass., 25 luglio 1986, n. 4755, in *Giust. civ. mass.* 1986, 7; Cass., 4 febbraio 1992, n. 1147, in *Giur. it.*, 1993, I, 1., 862 ss.; Cass., 3 aprile 1995, in *Giust. civ. mass.*, 1995, 760 ss.

⁶⁸ Vedi Cass., 22 gennaio 1992, n. 781, in *Giust. civ. Mass.* 1992, fasc. 1; Cass., sez. lav., 22 aprile 1993, n. 4725, in *Giust. civ. mass.* 1993, 720 ss. (s.m.)

⁶⁹ A questo proposito si vedano Cass., 25 giugno 1981, n. 4137, in *Giust. civ.* 1981, I, 2213 ss.; Cass., sezioni unite, 6 dicembre 1982, n. 6651, in *Giust. civ. mass.* 1982, fasc. 12; Cass. 22 febbraio 1995, n. 1959, in *Giust. civ. mass.* 1995, 406 ss.; Cass., 28 Marzo 1994, n. 2988, in *Giust. civ.* 1994, I, 1849 ss.

riferimento)⁷⁰ che ha segnato una svolta non solo nella lettura dell'art. 2043 c.c. ma anche nella valutazione dei rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione e nella selezione e nella tutela giurisdizionale degli interessi⁷¹

Non potevano più essere trascurati infatti il radicale dissenso manifestato dalla dottrina sul tema, il progressivo formarsi di una giurisprudenza favorevole all'ampliamento dell'area di risarcibilità del danno ingiusto, sia nei rapporti interprivati che in quelli fra cittadino e P. A, pronta a valorizzare il nesso tra interesse legittimo ed interesse materiale sottostante, le perplessità avanzate più di una volta dalla Corte Costituzionale⁷², gli interventi legislativi di segno opposto all'irrisarcibilità culminati nel d.lgs. n. 80/1998 che

⁷⁰ Cassazione, sezioni unite, 22 luglio 1999, n. 500, in *Corr. giur.*, 1999, 11, 1367 ss. Il caso in questione si può così riassumere: in presenza di una convenzione di lottizzazione, non recepita senza alcuna giustificazione in un piano regolatore annullato e poi riadattato con una corretta motivazione, l'attore Vitali conveniva in giudizio davanti al Tribunale di Firenze il Comune di Fiesole, e chiedeva il risarcimento del danno per le spese inerenti alle opere di urbanizzazione.

Nel corso del giudizio di primo grado il Comune investiva del caso la Suprema Corte di Cassazione con ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione deducendo l'improponibilità della domanda per difetto assoluto di giurisdizione, siccome relativa alla lesione di interessi legittimi.

Vedi, per quanto riguarda i commenti alla pronuncia, V. CARBONE, *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Danno e resp.*, 1999, 10, 984 ss.; A. FALZEA., *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 679 ss.; G. OPPO, *Novità e interrogativi in tema di tutela degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 391 ss.; C.M. BIANCA, *Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 689 ss.; A. GAMBARO, *La sentenza n. 500 ed il diritto civile della stato*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 355 ss.; P.G. MONATERI, *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Danno e resp.*, 1999, 10, 978 ss.; A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Danno e resp.*, 1999, 10, 980 ss.; G. PONZANELLI, *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Danno e resp.*, 1999, 10, 984 ss.; V. ROPPO, *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Danno e resp.*, 1999, 10, 987 ss.; F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500: La responsabilità civile oltre il muro degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 335 ss.; G. ALPA, *Il revirement della Corte di Cassazione sulla responsabilità per la lesione di interessi legittimi*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 907 ss.; F. BILE, *La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 897 ss.; M. FRANZONI, *La lesione dell'interesse legittimo è, dunque risarcibile*, in *Contr. impr.*, 1999, 3. E. FOLLIERI *Responsabilità della pubblica amministrazione e interesse procedimentale*, in *Il danno risarcibile*, cit., II, 1265 ss. Si veda inoltre C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 199 ss.

Dopo che la sentenza n. 500/1999 ha dichiarato inammissibile il ricorso per regolamento di giurisdizione, il giudizio è proseguito presso il Tribunale di Firenze che ha condannato il Comune di Fiesole al risarcimento dei danni per la violazione dell'interesse oppositivo.

La Corte di Appello invece ha negato il risarcimento affermando che l'atto del Comune non conteneva alcun profilo di illegittimità sostanziale ma solo un vizio di forma eliminato con la nuova approvazione del Piano regolatore. In sostanza, poiché "l'interesse del privato sarebbe stato egualmente sacrificato pur se le regole fossero state rispettate" non vi sarebbe stato spazio per un danno risarcibile ex art. 2043 c.c.

La Corte di Cassazione, con sentenza del 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.* 2003, I, 78 ss. ha censurato la ricostruzione della Corte di Appello ed ha affermato che il Vitali vanta "una posizione di vantaggio connessa alla proprietà fondiaria, derivante dal conferimento della edificabilità, in virtù della convenzione di lottizzazione".

⁷¹ G. VETTORI, *Persona e responsabilità civile*, cit., 3.

⁷² Corte Cost., 25 marzo 1980, n. 35, in *Giur. cost.* 1980, I, 262 ss.; Corte Cost. (ord.), 8 maggio 1998, n. 165, in *Urbanistica e appalti* 1998, 6, 623 ss., con nota di F. CARINGELLA, *La Consulta e il dilemma della tutela aquiliana degli interessi legittimi*; in *Danno e resp.*, 1998, 6, 548 ss., con nota di G. GIOIA, *Il risarcimento da interesse legittimo entro le "mobili frontiere" della giurisdizione esclusiva per settori determinati*.

in determinate materia ha attribuito al giudice amministrativo il potere di risarcire il danno ingiusto.

La pronuncia in esame ha avuto il merito di avere completato il percorso evolutivo iniziato, in dottrina, da chi, criticando l'identificazione della responsabilità extracontrattuale con la sanzione di un illecito, la riconduceva invece all'idea di reazione ad un danno ingiusto (funzione di riparazione)⁷³. Si consolida in tale contesto l'idea che il risarcimento debba essere concesso perché c'è un decremento causalmente non giustificato nella sfera giuridica del soggetto danneggiato, non perché c'è un comportamento da punire.

Lo spostamento del baricentro della responsabilità aquiliana dal fatto al danno, dalla condotta illecita del danneggiante al danno ingiusto subito dal danneggiato ha permesso alla Suprema Corte di affermare ciò che la dottrina⁷⁴. aveva sostenuto negli anni sessanta e cioè che l'area della risarcibilità non è definita da norme recanti divieti e quindi costitutive di diritti (con conseguente tipicità dell'illecito) bensì da una clausola generale⁷⁵, espressa dalla formula "danno ingiusto", in virtù della quale è risarcibile il danno *non iure datum* che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento⁷⁶.

L'area della risarcibilità dunque, dapprima circoscritta ai soli diritti soggettivi, viene ora estesa, nella prospettiva di una tutela integrale del danneggiato, alla lesione di qualsiasi interesse (ad un bene della vita) che possa dirsi giuridicamente rilevante e quindi meritevole di tutela, anche se non protetto nella forma del diritto soggettivo⁷⁷.

Ecco allora il venir meno di ogni ragione per negare la risarcibilità dell'interesse legittimo, inteso come *"la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell'attribuzione a tale*

⁷³ R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, cit., 171.

⁷⁴ Per l'evoluzione del dibattito dottrinale sull'ingiustizia del danno si vedano C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur.*, XVIII, Milano 1996; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, in *Foro pad.* 1960, I, c. 1420 ss.; F. D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano 1964 P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano 1961; P. SCHLESINGER, *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 336 ss.

⁷⁵ Sul punto vedi le osservazioni di C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 10 s., 202, secondo il quale la tecnica usata dal legislatore con l'aggiunta dell'aggettivo ingiusto al sostantivo danno *"mette capo a una norma di portata generale non a una norma a clausola generale"*. Mentre la clausola generale implica che il giudice possa decidere quale sia il danno giuridicamente rilevante, e perciò risarcibile, e quale invece non lo sia, il danno ingiusto dell'art. 2043 c.c. invece sarebbe una norma di portata generale nel senso che contiene una valutazione già operata dal legislatore e non rimessa al giudice.

⁷⁶ Corollario di questo mutamento interpretativo che ha visto al centro l'esigenza di fornire ristoro a chi senza una giustificazione causale abbia subito un decremento nella propria sfera giuridica, è la considerazione dell'art. 2043 quale norma primaria di protezione *"volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui"*.

⁷⁷ Vedi le osservazioni di C.M. BIANCA, *Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi*, cit., 691 ss., per il quale il danno ingiusto consiste pur sempre nella lesione di un diritto soggettivo, inteso quale *"situazione giuridica che esiga il diligente rispetto altrui e sia suscettibile di risarcimento"*. Detto in altri termini, il diritto soggettivo consisterebbe in un *interesse tutelato nella vita di relazione*. Di conseguenza anche l'interesse legittimo, qualificato come *pretesa del cittadino nei confronti della P.A. a non subire atti illegittimi lesivi di un proprio diritto assoluto o relativo*, rientra nell'ampia categoria del diritto soggettivo. Secondo l'A., infatti, al cittadino andrebbe riconosciuto, nei confronti della P.A. la stessa tutela che gli spetta nei rapporti privati.

*soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene*⁷⁸.

La Suprema Corte precisa, tuttavia, che la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria ma non sufficiente per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., occorrendo altresì che sia leso il bene della vita al quale l'interesse si correla per effetto della illegittima e colpevole attività della P.A., e che detto interesse al bene risulti meritevole di tutela⁷⁹.

All'abbandono della prospettiva tipizzante (prima sul piano del fatto, poi su quello del danno ingiusto relegato nell'ambito dei diritti soggettivi perfetti) ha corrisposto l'esplicito riconoscimento del ruolo rivestito dal giudice nella valutazione degli interessi suscettibili di essere considerati giuridicamente rilevanti a seguito di un giudizio di comparazione fra *“l'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato e l'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire*⁸⁰.

Comparazione e valutazione, precisa la Corte, sono operazioni che non sono rimesse alla discrezionalità del giudice ma sono da lui svolte alla stregua del diritto positivo *“al fine di accertare se, e con quale consistenza ed intensità, l'ordinamento assicura tutela all'interesse del danneggiato, con disposizioni specifiche, ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili (diversi dalla tutela risarcitoria), manifestando così un'esigenza di protezione*⁸¹. Proprio in quest'ultimo caso la composizione del conflitto sarà affidata al giudice il quale dovrà decidere se vi sia stata o meno la rottura del *“giusto*⁸² equilibrio intersoggettivo.

La sentenza, in conclusione, riveste fondamentale importanza per avere, da una parte, affermato la funzione di riparazione della normativa sulla responsabilità civile e, dall'altra, per avere asserito il valore di clausola generale dell'art. 2043 c.c. per cui deve ritenersi ingiusto il danno *“che l'ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima, ma che va trasferito sull'autore del fatto in quanto lesivo di interessi*

⁷⁸ Cassazione, sezioni unite, 22 luglio 1999, n. 500, in *Corr. giur.*, 1999, 11, 1370.

⁷⁹ Secondo A. FALZEA., *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, cit., 680, condizionare la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo al fatto che questo si atteggi come interesse al bene della vita tutelato dal diritto, va incontro ad un doppio insuccesso sia sul piano della *“discriminazione tra interessi legittimi risarcibili e quelli non risarcibili”*, sia sul piano della *“distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi”*. Riguardo al primo punto, l'A. osserva che *“la correlazione con un bene della vita rappresenta un momento necessario di qualunque situazione di interesse”*. *“Il fenomeno generale dell'interesse è sempre bifronte”* in quanto *“l'interesse è sempre di qualcuno ed è sempre per qualcosa”*. Conseguentemente non potrebbero ipotizzarsi interessi legittimi che, a differenza di altri interessi, potrebbero dirsi risarcibili perché correlati con un bene della vita. Con riferimento al secondo punto, l'A. osserva che la distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi viene meno se solo si consideri che la stessa figura di diritto soggettivo è stata ricostruita come interesse giuridicamente tutelato definito come *“aspettazione di un bene della vita, garantita dalla volontà dello Stato”*.

⁸⁰ Cassazione, sezioni unite, 22 luglio 1999, n. 500, in *Corr. giur.*, 1999, 11, 1374.

⁸¹ Cassazione, sezioni unite, 22 luglio 1999, n. 500, cit., 1374.

⁸² Cassazione, sezioni unite, 22 luglio 1999, n. 500, cit., 1378.

*giuridicamente rilevanti..... senza che assuma rilievo determinante la loro qualificazione in termini di diritto soggettivo*⁸³.

È bene dedicare ora qualche cenno anche alle novità registrate sul piano del rapporto fra cittadino e P.A. Il riferimento è alla sentenza della Cassazione n. 157 del 2003 che ha definito il giudizio nel quale si era pronunciata la Suprema Corte in sede di regolamento di giurisdizione con la nota decisione n. 500/1999.

La sentenza si distingue per alcune considerazioni svolte sul piano del diverso rapporto che negli ultimi anni si è instaurato fra il cittadino e la pubblica amministrazione e sulla conseguente consistenza contenutistica dell'interesse legittimo.

In primo luogo la Suprema Corte ha sottolineato l'importanza della legge 241 del 1990, grazie alla quale si è imposta una nuova concezione dell'attività amministrativa. Per un verso, infatti, si è stabilito che *“l'attività amministrativa persegue i fini stabiliti dalla legge, ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza”*; per altro verso, è stato introdotto il principio della partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo.

In secondo luogo, si sono messi in evidenza i riflessi che la nuova concezione sopra richiamata ha avuto sul problema della responsabilità aquiliana della pubblica amministrazione. Ed infatti, fin dall'inizio del procedimento amministrativo l'interessato non è più considerato quale mero destinatario passivo dell'azione della P.A., bensì beneficiario di quegli obblighi che la sentenza n. 500/1999 identifica nelle *“regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione pubblica deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si impongono come limiti esterni alla discrezionalità”*⁸⁴.

Il contatto del cittadino con l'Amministrazione, dunque, sarebbe *“caratterizzato da specifici doveri di comportamento nell'ambito di un rapporto che, in virtù delle garanzie che assistono l'interlocutore dell'attività provvedimento, diviene specifico e differenziato”*.

L'interesse alla partecipazione al procedimento, l'interesse a che questo si concluda celermente senza aggravamenti, l'interesse ad accedere ai documenti in possesso dell'amministrazione, di vedere motivata la decisione, in una l'interesse al rispetto delle regole assumono un carattere autonomo rispetto all'interesse al bene della vita.

*“Il fenomeno tradizionalmente noto come lesione dell'interesse legittimo costituisce in realtà inadempimento alle regole (recepte in testi normativi) di svolgimento dell'azione amministrativa, ed integra una responsabilità che è molto più vicina alla responsabilità contrattuale”*⁸⁵.

⁸³ Cassazione, sezioni unite, 22 luglio 1999, n. 500, cit., 1374.

⁸⁴ Cassazione, sezioni unite, 22 luglio 1999, n. 500, cit., 1375.

⁸⁵ Cassazione, 10 gennaio 2003, n. 157, cit., 78 ss

La tendenza ad individuare forme di responsabilità al confine tra illecito e contratto, nata con riferimento ai rapporti fra cittadino e P.A., si conferma anche in relazione ad altri settori come quello sanitario⁸⁶. Si allarga in questo modo la zona di confine tra torto e contratto e si impone il tema delle responsabilità speciali⁸⁷.

Al tema della responsabilità medica sarà dedicato parte del secondo capitolo poiché tale settore ha conosciuto, nell'ultimo periodo, un forte progresso scientifico cui è corrisposto l'aumento delle pretese dei pazienti sotto il profilo dell'informazione e della corretta esecuzione del trattamento sanitario.

L'interesse per il settore sanitario scaturisce dal fatto che nella maggior parte delle ipotesi manca un vincolo diretto tra il paziente ed il medico, di solito dipendente della struttura sanitaria pubblica o privata in cui lavora. Ciò pone la questione della qualificazione della responsabilità, se in termini aquiliani o contrattuali, con particolare riferimento al momento dell'informazione, oggetto di un dovere al di fuori di un espresso vincolo di carattere obbligatorio.

2. La liberazione del sistema dal criterio della colpa

La liberazione del sistema risarcitorio dalla colpa rappresenta un secondo profilo evolutivo della responsabilità civile che ha avuto specifico riguardo al problema dei criteri di imputazione del danno. L'abbandono della visione generale della responsabilità come sanzione all'atto illecito, con la stretta connessione fra illecito civile ed illecito penale, ha consentito l'affermarsi dell'idea della responsabilità come reazione al danno ingiusto⁸⁸. L'introduzione negli ordinamenti giuridici del nuovo principio della responsabilità senza colpa, accanto al principio della responsabilità soggettiva, è avvenuta con grandi difficoltà⁸⁹.

⁸⁶ Vedi Cassazione, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.* 1999, 3332 ss., con nota di F. Di Ciommo, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*; in *Resp. civ. prev.*, 1999, 3, 661 ss., con nota di M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*; in *Danno e resp.* 1999, 3, 294 ss., con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *I Contratti* 1999, 11, 1007 ss., con nota di E. GUERINONI, *Obbligazione da "contatto sociale" e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo*; in *Foro it.* 1999, I, 3338 ss., con nota di A. LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione*; R. DE ROSA, *Responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario: una nuova tipologia di obbligazioni?*, in *Giur. merito*, 1999, 3, 1148 ss.; F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.* 1999, 3333 ss.

⁸⁷ G. VETTORI, *Persona e responsabilità civile*, cit., 9 ss.

⁸⁸ R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1962, 171.

⁸⁹ In relazione al passaggio dalla responsabilità soggettiva alla responsabilità oggettiva vedi M. COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive (artt. 2049-2053 c.c.)*, Milano, 2009; C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano 2005, 143 ss.; ID., *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1983, 123 ss.; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano 1961; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I, Milano, 1979; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, in *Scritti giuridici*, I, Padova 1996, 395 ss, 427 ss.; ID., *voce Illecito*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino 1962; C. CASTRONOVO, *Responsabilità oggettiva*, II, in *Enc. giur.*,

Il principio “*Nessuna responsabilità senza colpa*” aveva conosciuto il suo maggiore successo nella cultura giusnaturalistica prima e illuministica poi come affermazione della piena libertà dell’individuo. Il dogma della colpa, figlio di quelle culture, concepiva l’uomo come essere libero portatore di volontà il quale poteva rimanere obbligato, sul piano contrattuale od extracontrattuale, solo in virtù di una sua libera scelta⁹⁰.

Il criterio della imputabilità per colpa, pertanto, era considerato conquista degli stadi più avanzati della società civile, qualità di uno Stato democratico.

Tali convinzioni hanno cominciato a vacillare in occasione della rivoluzione industriale del XIX secolo, che ha prodotto una serie di sconvolgenti e repentine modificazioni nella società sia sotto il profilo economico sia sotto quello politico.

In particolare, l’invenzione e l’introduzione di nuove e pericolose fonti di energia, la creazione di macchine sempre più potenti impiegate nei vari settori dell’attività umana, unitamente all’aumento dei sinistri (sul lavoro e automobilistici) dovuto al moltiplicarsi delle fonti di pericolo, hanno costituito specifici fattori di novità e cambiamento che hanno fatto nascere dubbi sulla compatibilità delle regole giuridiche tradizionali con il mutato contesto economico e politico⁹¹.

L’esigenza di ripensare il principio della responsabilità colpevole, a fronte dei mutati valori in campo, si è fatta più pressante alla luce del fatto che le nuove fattispecie di danno si caratterizzavano in virtù di elementi costitutivi e modalità di verifica diversi rispetto agli accadimenti dannosi tradizionali⁹².

In particolare, la maggiore complessità delle strutture industriali, *in cui l’elemento umano tende a dissolversi nella organizzazione tecnica o addirittura viene sostituito da energie naturali*⁹³, ha reso sempre più difficile alla vittima ricercare ed individuare l’autore del danno e dimostrarne la colpa. A questo proposito è stata usata l’espressione “*danni anonimi*”⁹⁴ per indicare una categoria di danni irriducibili allo schema tradizionale risarcitorio basato sulla colpa, in quanto manca proprio la possibilità di determinare il soggetto al quale poter muovere un giudizio di responsabilità, in termini di violazione di una regola cautelare.

XXVII, Roma, 1991; ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 275 ss.; F.D. BUSNELLI, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, 41 ss.; G. ALPA, M. BESSONE (a cura di), *La responsabilità civile*, Genova, 1976; P. RESCIGNO, *Studi sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.* 1972, I, 1 ss.; R. SAVATIER, *Du droit civil au droit public*, Paris, 1950; G. RIPERT, *Le régime démocratique e le droit civil moderne*, Paris 1948; L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait de choses inanimées*, Paris, 1897.

⁹⁰ M. COMPORI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive (artt. 2049-2053 c.c.)*, cit., 13 s.

⁹¹ Sulle trasformazioni economico-sociali che portarono al superamento del dogma della colpa vedi S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 16 ss, e 127 ss.; in argomento vedi F.D. BUSNELLI, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, cit., p. 43 s., per il quale “*la fine del «regno esclusivo della colpa» non significa che tale principio sia ormai un «relitto da buttare a mare»*”.

⁹² S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit. 18.

⁹³ M. COMPORI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive*, cit. 15.

⁹⁴ L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait de choses inanimées*, Paris, 1897, 7.

Ma ciò non basta se si considera che “*L'accadimento dannoso, nei campi segnati dal progresso, non è più il prodotto di una fatalità cieca, di un destino avverso che impedisce di prevedere il verificarsi del danno: esso diviene un fatto che si accompagna ordinariamente all'operare umano, rimanendo però sottratto alla tradizionale configurazione dell'elemento di volontà, dal momento che si tratta di danni che devono accadere*”⁹⁵ Con l'espressione “*danni che devono accadere*” si fa riferimento a quei casi in cui il verificarsi di un incidente è indissociabile da una determinata attività.

Le nuove e sempre più numerose occasioni di danneggiamento connesse allo sviluppo tecnologico e il diffondersi dei c.d. *danni anonimi e necessari*⁹⁶ (in quanto devono accadere) hanno fatto venir meno lo storico carattere preventivo-retributivo della responsabilità aquiliana ed hanno reso irreversibile per un verso la fine del “*regno esclusivo della colpa*”⁹⁷ e, per altro verso, lo sviluppo di quel fenomeno che prende il nome di “*socializzazione della responsabilità civile*”⁹⁸. Tale fenomeno ha trovato la sua più chiara manifestazione nello spostamento di attenzione dei legislatori e degli interpreti “*dalla responsabilità alla riparazione*”⁹⁹ che si traduce nella nuova funzione riparatoria della responsabilità civile. In questo senso è evidente l'allontanamento dalla logica sanzionatoria di origine penalistica.

Il fenomeno della socializzazione ha avuto una portata omnicomprensiva, non ha limitato i suoi effetti alla responsabilità civile ed ha coinvolto anche gli istituti del diritto di proprietà e del contratto le cui discipline normative hanno registrato i segni di un progressivo intervento dello Stato nei rapporti tra i privati e della tendenza a superare la dimensione individualistica per l'affermazione di istanze sociali.¹⁰⁰

⁹⁵ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 21.

⁹⁶ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 21.

⁹⁷ G. EORSI, *L'adaptation de la responsabilité civile aux exigences de la vie moderne*, in «*Rev. dr. cont.*», 1963, 10.

⁹⁸ R. SAVATIER, *Du droit civil au droit public*, Paris, 1950, 109.

⁹⁹ G. RIPERT, *Le régime démocratique e le droit civil moderne*, Paris, 1948, 309.

¹⁰⁰ Ed infatti, per ciò che riguarda la proprietà, si pensi al principio introdotto dall'art. 42 Cost. in virtù del quale “*la proprietà è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti*”.

Tale principio, peraltro, ha creato polemiche inerenti all'astratta compatibilità tra il concetto di diritto soggettivo (inteso come sinonimo di assoluta libertà) e il concetto di funzione sociale (che viceversa evoca l'immagine di un vincolo imposto al diritto soggettivo per il raggiungimento di fini sociali che trascendono il singolo).

Anche sul piano contrattuale si possono riproporre le medesime considerazioni sul fenomeno della socializzazione sotto il duplice profilo della volontà e della autonomia contrattuale.

Alla teoria soggettiva (dogma) della volontà, che permeava le norme del codice civile del 1865, viene preferita, nel codice del 1942, la teoria oggettiva dell'affidamento; l'esigenza di temperare direttamente gli interessi delle parti coinvolte nel meccanismo contrattuale, e indirettamente gli interessi dei terzi, pone sotto una diversa luce il rapporto tra dichiarazione e volontà. I principi della buona fede, della sopravvenienza contrattuale, dell'equità costituiscono poi ulteriori conferme del nuovo orientamento legislativo.

Sotto il profilo dell'autonomia contrattuale, poi, il raggiungimento delle finalità “sociali” passa attraverso i meccanismi dell'obbligo a contrarre, o della determinazione del contenuto del contratto (si pensi alla introduzione, nel nuovo codice, dell'art. 1339, dettato in tema di sostituzione automatica di clausole e nullità

L'evoluzione della responsabilità civile a seguito delle trasformazioni sociali si è manifestata non solo nella innovazione delle regole vigenti in sede politico-legislativa, ma anche nella ricostruzione sistematica delle fattispecie e nella interpretazione finalizzata all'adeguamento dell'ordinamento giuridico alle nuove esigenze.

L'affermazione della responsabilità oggettiva ha incontrato diversi ostacoli. Tutte le codificazioni europee, nate soltanto agli inizi della rivoluzione industriale, di ispirazione giusnaturalistica ed individualistica erano informate alle esigenze di un'economia sostanzialmente statica, e, in materia di responsabilità extracontrattuale, al principio della colpa.

L'esperienza italiana, nel passaggio dal vecchio al nuovo codice entrato in vigore nel 1942, ha sostanzialmente confermato un sistema fondato sulla colpa, come si evince dalla Relazione del Guardasigilli dove si legge che: *“la responsabilità dell'autore di un fatto dannoso deve fondarsi sulla colpa di lui”*. Ed anche le ipotesi che palesemente fondavano una responsabilità senza colpa (vedi ad es. l'art. 2049 c.c.) venivano ricondotte alla presunzione assoluta di *culpa in vigilando* o *culpa in eligendo*

Ma davanti alle nuove occasioni di danneggiamento connesse con le caratteristiche proprie della società industriale, dottrina e giurisprudenza¹⁰¹ si sono ritrovate a ridefinire il ruolo tradizionale della colpa per adeguare la disciplina normativa della responsabilità civile alle nuove esigenze della realtà economico sociale, sia dilatandone artificialmente il concetto al di là dei suoi tradizionali confini, sia assecondando ipotesi interpretative vicine a sistemi fondati sulla responsabilità oggettiva.

La dottrina degli anni sessanta¹⁰², in particolare, ha avuto il merito di avere proposto una nuova lettura delle norme codicistiche che ne aggiornasse l'obsoleta interpretazione in conformità al mutato contesto sociale, mettendo a nudo in tal modo le *“ingenue finzioni”*¹⁰³ che mascheravano artificialmente come fondate sulla colpa ipotesi chiaramente fondate su presupposti oggettivi. Orbene, sono state fornite diverse ricostruzioni dirette a chiarire i rapporti tra il tradizionale principio della colpa e le fattispecie di responsabili che dalla colpa prescindono.

parziale, oppure all'art. 1332 c.c. relativo al contratto aperto, per adesione, oppure ancora agli artt. 1341 - 1342 c.c.). Si è parlato a questo proposito di “crisi”, di “standardizzazione”, di “pubblicizzazione” del contratto.

¹⁰¹ La giurisprudenza invece di allontanarsi dalla colpa ha cercato di espanderne il concetto ancorandola non più ad un giudizio di riprovevolezza quanto ad una valutazione oggettiva di un comportamento alla stregua del parametro della diligenza. Degna di nota, a questo proposito, Cassazione, sezioni unite, 17 febbraio 1964, n. 351, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, 104 ss., che ha definito colposo *“il comportamento obiettivamente in contrasto con norme positive e di comune prudenza”*.

¹⁰² Vedi in particolare P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano 1961; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I, Milano, 1979; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, in *Scritti giuridici*, I, Padova 1996, 395 ss, 427 ss.; ID., *Illecito*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1962; F.D. BUSNELLI, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, 41 ss; M. COMPORI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive*, cit., 4 ss.

¹⁰³ F. D. BUSNELLI, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, cit., 3.

Una prima ricostruzione, che trova in P. Trimarchi il principale sostenitore, ha rielaborato il sistema della responsabilità in senso bipolare, informandolo alla distinzione tra responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva¹⁰⁴. Ci si riferisce alla teoria del rischio (in particolare rischio d'impresa) sintetizzabile nell'affermazione per cui chi agisce a proprio vantaggio è obbligato al risarcimento dei danni conseguenti.¹⁰⁵

Con il criterio del rischio d'impresa, l'A. postula una "divisione del campo della responsabilità in due parti"¹⁰⁶ in cui si distingue tra "attività economiche organizzate", in ordine alle quali trova applicazione la responsabilità oggettiva (cui è sotteso il criterio del rischio), e "attività biologiche", in relazione alle quali, non potendosi "parlare di conto attivo e passivo, sul quale debba gravare il costo del rischio creato, il principio della responsabilità per colpa sarebbe "del tutto sufficiente"¹⁰⁷.

Tale ricostruzione, sicuramente innovativa, si è esposta però all'obiezione per cui il criterio del rischio sarebbe inadeguato perché inidoneo ad aggregare tutte le ipotesi di responsabilità oggettiva richiamate nel codice civile¹⁰⁸; alcune di queste, si pensi ad esempio ai danni da vizi di costruzione dell'immobile o dell'autovettura (artt. 2053, 2054 c.c.), ricollegano infatti una c.d. responsabilità oggettiva ad attività che non possono considerarsi né economiche né imprenditoriali.

Nella medesima linea ricostruttiva si colloca anche la posizione di M. Comporti, il quale però preferisce richiamarsi più che al criterio del rischio a quello del pericolo¹⁰⁹. Mentre le teorie di P. Trimarchi e M. Comporti, legate all'antico principio «*cuius commoda eius et incommoda*», tendevano a ricondurre l'obbligazione risarcitoria in capo al soggetto che aveva, con la sua attività, creato il rischio o il pericolo, un'altra posizione fondata sulla c.d. analisi costi-benefici, spostava, invece, l'attenzione sul momento del controllo del rischio stesso. Si è sostenuto, in altri termini, che il danno (il quale andrebbe valutato in termini di costo) dovrebbe ricadere sul "cheapest cost avoider", su colui che, in concreto, si trova nella situazione migliore per valutare il costo del danno e il costo per evitarlo¹¹⁰.

È stato tuttavia osservato che tale conclusione, se proposta quale fondamento della responsabilità civile, sarebbe difficilmente accettabile in un ordinamento come quello italiano, in considerazione del fatto che è il legislatore stesso a determinare una volta per tutte il soggetto sul quale ricade l'obbligo di risarcire il danno¹¹¹.

¹⁰⁴ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

¹⁰⁵ La teoria del rischio di impresa, nata in Austria alla fine del XIX secolo, nella sua prima prospettazione si basava sul semplice assunto che chi agisce a proprio rischio e nel proprio interesse deve sopportare le conseguenze, anche se incolpevoli, della propria attività.

¹⁰⁶ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 39 e 43.

¹⁰⁷ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 39.

¹⁰⁸ F.D. BUSNELLI, *Illecito civile*, cit., 4.

¹⁰⁹ M. COMPORTE, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive (artt. 2049-2053 c.c.)*, cit., 68 ss.

¹¹⁰ G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile: analisi economico-giuridica*, Milano 1975, 183 ss.

¹¹¹ F.D. BUSNELLI, *Illecito civile*, cit., 4.

Una seconda ricostruzione (c.d. teoria normativa), facente capo a S. Rodotà e R. Scognamiglio, ha privilegiato invece l'idea della pluralità dei criteri di imputazione¹¹². Gli Autori hanno sottolineato come il giudizio di responsabilità si articola intorno ai due momenti del fatto dannoso e dei criteri di imputazione del danno medesimo.

Ebbene, al carattere unitario del criterio di qualificazione del danno (l'ingiustizia) si accompagna la molteplicità dei criteri di imputazione¹¹³ (o criteri di collegamento del fatto dannoso al soggetto) identificati di volta in volta nella colpa, nel rapporto di parentela, nel rapporto di lavoro subordinato, nell'esercizio di attività pericolose, nella custodia, nella proprietà di edifici o di animali, nell'uso o nella proprietà degli autoveicoli.

La traslazione del peso del danno ingiusto in capo ad un soggetto diverso da quello che ha subito il pregiudizio è giustificata solo se la fattispecie concreta è sussumibile in uno tra i differenti criteri previsti dall'ordinamento. Il criterio della colpa pertanto, lungi dal costituire la regola generale, sarebbe dunque un criterio pariordinato rispetto agli altri e rappresenterebbe soltanto uno dei possibili criteri di imputazione fra quelli considerati dal legislatore¹¹⁴.

Una ulteriore opzione interpretativa, della quale è sostenitore F. D. Busnelli, è stata sostenuta da F.D. Busnelli il quale ha ripreso, aggiornandola, la lettura tradizionale del sistema dell'imputazione¹¹⁵. È stato privilegiato, infatti, il carattere di regola generale dell'art. 2043 c.c., informato alla idea della atipicità dell'illecito, ed il cui ambito di operatività si estende a qualunque fatto doloso o colposo¹¹⁶.

Secondo la ricostruzione in esame il progressivo processo di socializzazione non avrebbe comportato un definitivo abbandono del principio della colpa ma avrebbe implicato l'attribuzione di un diverso ruolo a tale criterio, non più esclusivo, ma concorrente con le varie tecniche di riparazione previste da speciali fattispecie.

Le norme degli articoli 2049 ss. individuerrebbero diversi settori nei quali si delineano fattispecie tipiche e speciali: si individua in questo modo la responsabilità derivante dal rapporto di preposizione (art. 2049), dall'esercizio di attività pericolose (art. 2050), dalla

¹¹² S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 116 e 144 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, in *Scritti giuridici*, I, Padova 1996, 395 ss, 427 ss. Concorda con tale rielaborazione C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Iudica - Zatti*, Milano 2005, 153 ss.

¹¹³ C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 153.

¹¹⁴ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 116; *Contra* F.D. BUSNELLI, *Illecito civile*, cit., 5; ID., *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, cit., 47, secondo il quale sarebbe una forzatura volere assimilare la colpa agli altri criteri di imputazione così come sarebbe artificiosa la proposta di smembrare l'art. 2043 in due tronconi, uno relativo "alla posizione di una clausola generale di responsabilità", l'altro, "che pone il primo dei criteri di collegamento".

¹¹⁵ F.D. BUSNELLI, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus* 1976, 41 ss.; ID., *Illecito civile*, in *Enc. giur.*, XV, Milano, 1989, 5.

¹¹⁶ L'aggiornamento della tesi di Busnelli consiste in ciò che l'art. 2043 c.c. non è più considerato una clausola secondaria che si limita a sanzionare tutti i fatti illeciti previamente tipizzati. In seguito al superamento dell'interpretazione tipizzante che ne davano dottrina e giurisprudenza, la colpa diventa l'espressione di un criterio di valutazione del comportamento del danneggiante alla stregua del parametro della diligenza, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, cit., 49.

custodia di cose (art. 2051) o di animali (art. 2052), dalla proprietà di un edificio (art. 2053) o di un veicolo (art. 2054 3° e 4° comma), da circolazione stradale (art. 2054 1° e 2° comma)¹¹⁷.

Ad ogni settore corrisponderebbero uno specifico criterio di imputazione del danno, un definito ambito di operatività e specifiche cause di esonero dalla responsabilità.

L'applicazione estensiva o l'applicazione analogica sarebbe consentita, ma solo entro i confini del settore di appartenenza. In ciò consisterebbe il loro carattere di tipicità e specialità.

La regola della responsabilità civile risponderebbe dunque al generale principio della colpa, *“assunta nel suo ruolo di criterio unico di imputazione di tutti i danni ingiusti derivanti da fatti che non trovano (né direttamente, né indirettamente) la loro disciplina in una previsione normativa speciale”*¹¹⁸.

La maggioranza della dottrina ritiene, attualmente, di non poter individuare un criterio unitario in grado di unificare tutte le ipotesi di responsabilità oggettiva. Si osserva che ci sono molteplici criteri di imputazione derivanti da rapporti, situazioni o attività presi in considerazione volta per volta dalle singole norme che, per esigenze di opportunità e di socialità, obbligano determinati soggetti a risarcire i danni subiti da vittime incolpevoli senza alcuna valutazione del loro comportamento¹¹⁹.

Occorre ora precisare che, in riferimento al problema dell'imputazione del danno, cioè della sua riconducibilità ad un soggetto responsabile destinatario dell'obbligazione risarcitoria, ci sarebbe una terza tappa successiva al passaggio dalla colpa al rischio. Ci si riferisce alla nascita di un sistema di sicurezza sociale che nell'ordinamento giuridico italiano non si è ancora sviluppato se non in precisi settori particolarmente sensibili¹²⁰ e che mira ad affermare una responsabilità c.d. sociale (in contrapposizione a quella individuale per colpa) nella quale i danni senza colpa vengono indennizzati dall'intera collettività¹²¹. In tale prospettiva ha rivestito un ruolo importante lo strumento assicurativo¹²² reso a volte obbligatorio in relazione ad attività particolarmente pericolose quali la circolazione dei veicoli¹²³ a motore o delle imbarcazioni¹²⁴.

¹¹⁷ Secondo F.D. BUSNELLI, *Illecito civile*, cit., 6, la responsabilità per colpa, diversamente da quel che accade nei settori speciali della responsabilità civile, assolve ad una funzione complessa nella quale è individuabile la componente compensativa, quella sanzionatoria e quella preventiva.

¹¹⁸ F.D. BUSNELLI, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, cit., 6 e 63 ss., per il quale il criterio della colpa sarebbe chiamato a svolgere un duplice ruolo: costituirebbe da un lato un criterio complementare di valutazione del fatto dannoso, dall'altro lato una regola finale per quei danni ingiusti derivanti da fatti che non trovano la loro disciplina in una fattispecie tipica di responsabilità.

¹¹⁹ M. COMPORI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive (artt. 2049-2053 c.c.)*, cit., 76.

¹²⁰ In Italia il principio di sicurezza sociale è stato attuato solo con riferimento al Fondo di garanzia per le vittime di sinistri causati da veicoli o natanti non identificati o non assicurati.

¹²¹ M. COMPORI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive (artt. 2049-2053 c.c.)*, cit., 51 s.

¹²² Sul rapporto tra assicurazione e responsabilità civile vedi in particolare C. CASTRONOVO, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 353-440.

¹²³ Sembra opportuno richiamare le considerazioni svolte dalla Corte Costituzionale con sentenza del 14 febbraio 1973, n. 24, in www.cortecostituzionale.it, sulle finalità dell'assicurazione obbligatoria della

3. Il ribaltamento del rapporto tra danno al patrimonio e danno alla persona-

3.1 Il problema della risarcibilità del danno morale. Dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942.

Sotto il vigore del codice civile italiano del 1865 la norma sul risarcimento del danno derivante da fatto illecito era contenuta nell'art. 1151 ai sensi del quale "*Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno*".

Il legislatore recepì in forma pressoché identica l'art. 1382 del Code Napoléon ai sensi del quale "*tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par le faute duquel il est arrivé à le réparer*".

Come la dottrina formatasi sotto il codice francese, sin dal XIX sec. non dubitò mai della piena e totale risarcibilità dei danni patrimoniali e di quelli morali, anche in Italia si accolse, almeno in un primo momento, il principio della risarcibilità del danno morale, quale che fosse la natura dell'atto illecito che l'aveva arrecato¹²⁵.

responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti disciplinata dalla legge 24 dicembre 1969, n. 990, secondo la quale "*L'introduzione nel nostro ordinamento dell'assicurazione obbligatoria di cui alla legge n. 990 del 1969 è l'espressione e il risultato di un ampio movimento di idee, di studi e di proposte di legge, ispirati dall'esigenza di garantire il risarcimento del danno alle vittime della circolazione stradale... A base di questo movimento di idee e della legge che ne è la realizzazione, sta la constatazione che l'odierno enorme sviluppo del fenomeno dell'uso del mezzo motorizzato di circolazione, mentre si risolve in uno strumento di progresso dell'intera collettività in dipendenza dello sviluppo dei traffici, delle conoscenze e dei contatti umani, implica anche, per la stessa vastità del fenomeno, un rischio immanente di carattere generale. Onde, la vera finalità del nuovo sistema non sta nel salvaguardare il patrimonio del responsabile, ma piuttosto, attraverso una distribuzione mutualistica del rischio, nel garantire il risarcimento del danneggiato*".

¹²⁴ Con riferimento alla situazione italiana si veda la legge 24 dicembre 1969, n. 990 che ha istituito anche il Fondo di garanzia per le vittime della strada nell'ipotesi di veicoli non assicurati, responsabili non individuati, di insolvenza delle società di assicurazione; l'art. 193 del codice della strada approvato con d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, modificato ed integrato da d.l. 27 giugno 2003, n. 151, che ha esteso l'assicurazione obbligatoria anche ai ciclomotori; l'art. 1 legge 2 agosto 1967, n. 799 relativo all'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile verso i terzi nella attività venatoria; l'art. 12 legge 11 febbraio 1992, n. 157, relativa all'obbligo di polizza assicurativa correlata sempre all'esercizio dell'attività venatoria. Per quanto riguarda le assicurazioni marittime si vedano gli artt. 514 cod. nav. ss.; per quelle aeronautiche si vedano gli artt. 798, 935, 941, 996 ss. cod. nav.

¹²⁵ Ammisero il risarcimento dei danni morali Corte di appello di Casale, 21 Maggio 1872, in *Annali*, 1872, 2, 270 (condannò a risarcimento pecuniario l'autore di atti impudici sulla persona di due fanciulle non ancora dodicenni); Corte di appello di Firenze, 7 Febbraio 1873, in *Annali*, 1872, 2, 137 (condannò a risarcimento pecuniario l'autore dell'altrui discredito mercantile); la stessa condanna pronunciò la Corte di Perugia in una sentenza del 4 Giugno 1877, in *Foro it. Rep.*, 1877, voce *Ingiuria*, n. 11, 12; Corte di Catania, 9 Settembre 1874, in *Giur. it.*, 1874, I, 2, 753 (dichiarò dovuto compenso pecuniario per la scemata riputazione di un individuo, per effetto di un libello famoso); Cassazione di Torino, 10 Settembre 1879, in *Foro it.*, 1880, 2, 120 (condannò al risarcimento delle sofferenze e dei patemi d'animo un diffamatore, benché la diffamazione non avesse menomato l'altrui onore); Corte di appello di Torino, 19 Aprile 1880, in *Foro it.*, 1880, voce *Danni personali*, n. 17 (condannò a risarcimento pecuniario l'autore di una diffamazione); Corte d'Appello di Firenze, 17 Dicembre 1887, in *Foro it.*, 1888, I, 40 (dichiarò spettare sia come erede, sia jure proprio, alla madre e ai fratelli di un individuo perito in un disastro ferroviario, oltre ad azione di danno materiale, anche quella di danno morale, per *strazio dell'animo*, contro la Compagnia

Fu soltanto alla fine dell' 800 che cominciò ad emergere, prima in dottrina¹²⁶ e poi in giurisprudenza, l'idea che l'art. 1151 c.c. del 1865 consentisse soltanto il risarcimento

ferroviaria responsabile); Corte di Brescia, 19 Maggio 1890, in *Foro it.*, 1890, I, 1024 (dichiarò spettare ad un marito, a cui la moglie aveva occultata la gravidanza, risarcimento per il “dolore di trovarsi solo in famiglia, e senza possibilità di ricostruirla”); Corte di Genova, 15 Novembre 1895, in *Annuario critico di giurispr. Pratica*, 1896, fasc. 2 (dichiarò spettare alla madre di un operaio ucciso per infortunio sul lavoro diritto di risarcimento per le patite sofferenze per tale perdita); Cassazione Napoli 13 Luglio 1896, in *Foro it. Rep.*, 1897, I, 183; Cassazione Roma 6 Novembre 1897, in *Foro it. Rep.*, 1897, voce *Resp. civile*, n. 198; Corte di Venezia, 10 Giugno 1898, in *Foro it. Rep.*, 1898, voce *Locazione d'opera*, n. 16; Corte di Milano 12 Febbraio 1897, in *Foro it. Rep.*, 1897, voce *Resp. civ.*, n. 189; Corte di Catania 9 Marzo 1900, in *Foro it. Rep.*, 1900, voce *Resp. civ.*, n. 164; Corte di Palermo, 7 Giugno 1897, in *Foro it. Rep.*, 1897, voce *Danni pen.*, n. 42.

Furono molte le sentenze che risarcirono le offese all'onore in quanto “*traggono seco indirettamente danno patrimoniale*”; in questi casi si è detto che non di veri e propri danni morali si tratta ma di danni patrimoniali indiretti; sono giudicati che condannano al risarcimento i promotori di infondate dichiarazioni di fallimento, revocate in seguito con la dichiarazione della colpa o del dolo di quelli, e i seduttori di donne, sotto promessa di matrimonio, o altrimenti con frode. In tal senso, per la prima ipotesi, vedi Corte di Milano, 19 Agosto 1873, in *Annali di giur.*, 1873, II, 171; Corte di Milano 5 Aprile 1892, in *Foro it.*, 1892, I, 831; Corte di appello di Napoli, 28 Ottobre 1870, in *Giur. it.*, 1871, II, 693; Corte di appello di Roma, 24 Maggio 1881, in *Foro it., Rep.*, 1881, voce *Fallimento*, n. 109; Cassazione di Torino, 17 Luglio 1885, in *Foro it., Rep.*, 1885, I, 873; 1 Maggio 1883, *ivi* 1883, *Rep.*, voce *Fallimento*, n. 391; 30 Settembre 1881, *ivi*, 1881, *Rep.*, voce *Resp. civ.*, n. 20; Cassazione di Palermo, 27 Luglio 1893, in *Foro it.*, 1893, I, 1234; in relazione alla seconda ipotesi vedi invece Corte di Genova 31 Marzo 1891, in *Foro it.*, 1891, I, 885; Cassazione di Torino 11 Ottobre 1887, in *Foro it.*, 887, I, 1136; Corte di Brescia, 12 Gennaio 1885, in *Foro it. Rep.*, 1885, voce *Danni*, n. 42; 4 Maggio 1886, *ivi, Rep.*, 1886, d. v. nn. 8-29; Corte di Milano 28 Luglio 1885, in *Foro it. Rep.*, 1888, d. v. n. 28; Corte di Genova, 5 Ottobre 1887, in *Foro it. Rep.*, 1887, voce *Respons. civ.*, n. 16; Corte di Bologna, 18 Dicembre 1892, in *Foro it. Rep.*, 1893, d. v. n. 31; Cassazione di Roma 6 Marzo 1893, in *Foro it. Rep.*, 1893, I, 350 ss.

Negarono il risarcimento dei danni morali. Corte di Bologna 15 Ottobre 1897, in *Foro it. Rep.*, 1897, voce *Resp. civ.*, nn. 200-204; Corte di Venezia 15 Febbraio 1898, in *Foro it. Rep.*, 1898, voce *Danni civili*, nn. 6-9. Nella giurisprudenza francese era pacifica la risarcibilità dei danni morali: in tal senso ad es. Cass. Parigi 16 Agosto 1860, (DALLOZ), *Rép.* 1860, I, 493.

¹²⁶ Si pronunziarono contro la risarcibilità dei danni morali, adducendo gravi difficoltà di ordine teorico e pratico: GABBA, *Contro la dottrina della risarcibilità del danno morale*, in *Quistioni di diritto civile*, II, Torino 1898, 225 ss.; ID., *Ancora sul risarcimento dei così detti danni morali*, in *Giur. it.*, 1912, I, 1, 837 ss.; nota a Cassazione di Palermo 23 Febbraio 1895, in *Foro it.*, 1896, c. 685 ss.; ID., Nota a Corte d'Appello di Palermo, 16 Marzo 1903, in *Foro it.*, 1903, I, c. 944 ss.; G. P. CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, sec. edizione, II, Torino 1897, n. 414 bis.; ID., *Del danno morale*, in *Riv. dir. comm.* 1913, II, 801 ss.; D. MANDRIOLI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, 359 ss.; ID., *Il danno non patrimoniale nell'art. 185 c.p.*, in *Riv. pen.*, 1931, 695 ss.; F. INVREA, *I rimedi contro il torto*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, 650 ss.; G. PACCHIONI, *Del risarcimento dei danni morali*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, 240 ss.; ID., *Della irrisarcibilità dei danni morali*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, II, 178 ss.; ID., *Il risarcimento dei danni nel progetto franco-italiano di codice delle obbligazioni e dei contratti*, in *Riv. crit. infortunist. e resp. civ.*, 1930, 4; ID., *L'art. 185 cod. pen. e il risarcimento dei danni morali arrecati con fatto illecito penale e civile*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, 345 ss.; ID., *Dei delitti e quasi delitti*, Padova 1940; G. LOMONACO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Napoli, 1884.

Si pronunziarono in senso favorevole alla risarcibilità dei danni morali: G. GIORGI, *Obbligazioni*, V, 1900, n.161 ss.; n. 238; A. MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*, Milano 1901; G. CESAREO CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno*, Torino, 1914; B. BRUGI, *Risarcimento del danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, II, 448 ss.; ID., *Ancora del danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, II, 385 ss.; ID., *Danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, II, 621 ss.; F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova 1930; dopo l'entrata in vigore del codice penale nel 1930; L. COVIELLO, *Gli errori della giurisprudenza e i suoi trionfi*, in *Giur. it.*, 1918, IV, 36; ID., *L'art. 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1922, 313 ss.; A. MONTEL, *Sulla risarcibilità dei danni morali*, in *Foro it.*, 1932, I, c. 1622 ss.; 218 ss.; A. ASCOLI, *Sulla risarcibilità dei danni morali*, in *Riv. dir. priv.*, 1935, II, 18 ss.; T. BRASIELLO,

del danno patrimoniale e mai di quello morale (ammesso invece solamente in caso di reato). Tale *revirement* si giustificava sull'assunto che i danni morali non sarebbero stati veri e propri danni in quanto privi del carattere della materialità, della durezza dell'effetto penoso ed inoltre insuscettibili di essere misurati economicamente¹²⁷.

In dottrina emerse in particolare la posizione di C. F. Gabba, il quale, in una nota di commento alla sentenza della Corte di Cassazione di Palermo del 1895¹²⁸, così sostenne la sua tesi sulla irrisarcibilità dei danni morali: *“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 nell'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 al certo (...), ma, perché non si traduce di sua natura e necessariamente in esteriori determinate prestazioni, non è un vero elemento del patrimonio giuridico-privato dell'individuo, neppure personale.*

*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”*¹²⁹.

Danni morali puri, e riparazione pecuniaria, in La procedura penale italiana, 1921, fasc. 1-2-3; ID., I limiti della responsabilità nel nuovo sistema legislativo italiano, Napoli, 1942, 343 ss.

¹²⁷ In particolare, il più convinto sostenitore del principio dell'irrisarcibilità dei danni morali, C.F. Gabba, nell'intento di fare chiarezza, operava una sottodistinzione fra la mera offesa morale, che non poteva chiamarsi neppure danno in senso proprio, e il danno morale; entrambi irrisarcibili, ma per motivi in parte diversi.

L'offesa morale, si diceva, *“è un danno che non cade su nessuna material cosa appartenente al danneggiato, che non si avverte cogli esterni sensi, ma che soltanto internamente è sentito, sia che esso consista in una diminuzione di pregi non materiali, sia che consista nell'impedito acquisto di beni e pregi di indole morale, sia che consista nell'offesa di interni e naturali e leciti affetti dell'animo”*. In questo senso danno morale è la scemata reputazione di una persona.

Il secondo, il danno morale, invece, è *“ogni danno ingiustamente recato ad altrui, che non tocchi e non diminuisca il suo patrimonio. È quindi danno morale in questo senso non soltanto quello inteso nello stretto senso..., ma eziando quello che colpisce quelle altre materiali cose, appartenenti all'individuo, oltre ai beni patrimoniali, che sono l'integrità corporale, e la fisica salute”*.

La tesi del Gabba si basava sui seguenti punti: 1) il danno (in senso proprio) è materiale e include un effetto penoso durevole, una diminuzione di benessere sia morale che materiale, che dura fintantoché non sia risarcita; 2) è materialmente, e quindi giuridicamente, impossibile stabilire un'equivalenza fra il danno morale ed il danaro; è assurdo che ciò che non è patrimoniale possa equivalere ad una cosa patrimoniale. In particolare, si precisava, due sarebbero le impossibilità: una, di trovare una unità di misura del dolore fisico o morale, cioè del danno morale in generale, l'altra, di tradurre questa unità di misura in una data unità di misura pecuniaria. 3) Oltre ad essere impossibile la prova della misura è impossibile la prova dell'esistenza dei danni morali perché, essendo condizionati alla sensibilità individuale, ne sarebbe precluso l'accertamento con criteri obbiettivi.

¹²⁸ Corte di Cassazione di Palermo, 23 Febbraio 1895, in *Foro. it.*, 1896, 685 ss.

¹²⁹ C. F. GABBA, nota a Cassazione, 23 febbraio 1895, in *Foro it.*, 1896, 700 ss.

Alla base del suesposto ragionamento non era sottesa la negazione della tutela alla persona bensì un preciso modo di intendere regole e concetti giuridici.

Si distingueva, infatti, in modo netto, il diritto penale dal diritto civile, inteso il primo come diritto a tutela delle persone, il secondo come diritto a tutela del patrimonio; ed inoltre, si attribuiva alla nozione di danno il significato esclusivo di decremento patrimoniale, insuscettibile di ricomprendere al suo interno le sofferenze che l'individuo ha sofferto e che non doveva soffrire.

Questo nuovo orientamento restrittivo venne accolto dalla giurisprudenza¹³⁰ per poi essere definitivamente consacrato prima dalla Corte di Cassazione di Roma a Sezioni Unite¹³¹ e successivamente dalla nuova Corte di Cassazione (unica) del Regno¹³².

¹³⁰ In seguito all'intervento del Gabba nel 1896 e soprattutto alla pronuncia a sezioni unite della cassazione di Roma nel 1912 (che del Gabba accolse l'opinione), si invertì il rapporto fra le pronunce favorevoli e quelle contrarie alla risarcibilità dei patemi d'animo per sé soli considerati a favore delle seconde: a favore vedi Pretura di Cassino, 7 Luglio 1932, in *Giur. it.*, 1932, I, 2, 507 ss.; Corte di appello di Milano, 11 Maggio 1920, in *Foro it.*, 1920, I, 554 ss. (tale pronuncia è estremamente significativa di come nonostante il mutato orientamento giurisprudenziale fosse vivo e chiaro il valore della persona umana in sé considerata: nella massima si legge: “*trattandosi di lesione della personalità umana, debbono essere risarciti non solo i danni patrimoniali, ma anche i danni morali, considerati per sé stessi, senza riguardo alla loro ripercussione sul patrimonio del danneggiato*”); Cassazione di Torino 22 Gennaio 1909, in *Giur. it.*, 1909, I, 1, 494; Cassazione di Firenze, 28 Marzo 1889, in *Giur. it.*, 1889, I, 1, 479; Cassazione di Palermo 23 Febbraio 1895, in *Giur. it.*, 1895, I, 1, 583; negarono invece la risarcibilità del patema d'animo, dove non avesse avuto conseguenze dannose materiali e patrimoniali cassazione di Napoli, 15 Settembre 1900, in *Repertorio della giurispr. ital.*, 1900, voce *Colpa civile* n. 165, 166; 1° Agosto 1904, in *Giurispr. Ital.*, 1904, I, 1, 1166; 31 Dicembre 1910, in *Giurispr. Ital.*, 1911, I, 1, 199; Cassazione di Roma 6 Novembre 1897, in *Giur. ital.*, 1897, I, 1, 114; 24 Marzo 1909, in *Giur. ital.*, 1909, I, 1, 616; Cassazione di Torino 6 Dicembre 1910, in *Repertorio della giur. ital.*, 1911, voce *Colpa civile*, n. 147; Cassazione di Firenze 30 Dicembre 1911, in *Giur. ital.*, 1912, I, 1, 178; Cassazione di Roma, sezioni unite, 27 Aprile 1912, in *Giur. ital.*, 1912, I, 1, 837 ss. (con nota di C.F. GABBA); Cassazione di Firenze, 1 Aprile 1912, in *Riv. dir. comm.*, 1913, II, 801 ss. (*I danni morali sono risarcibili quando si risolvono in una qualunque menomazione patrimoniale*); Cassazione Firenze 31 Luglio 1913, in *Riv. dir. comm.*, 1913, II, 804 ss. (*Il danno morale è risarcibile soltanto quando si risolve in un effettivo pregiudizio economico*); Cassazione di Torino 23 Giugno 1913, in *Riv. dir. comm.*, 1913, II, 808 ss. (*I danni morali non sono risarcibili se non quando abbiano esercitato una ripercussione diretta sulle condizioni economiche del danneggiato, alla restaurazione ed integrazione delle quali devono unicamente essere concessi*); Cassazione, sezioni unite, 22 Dicembre 1925, in *Giur. it.* 1926, I, 224 (dove si afferma che “*nota caratteristica dei danni morali puri sia l'assenza di ogni lesione di diritto suscettibile di reintegrazione, sotto forma di equivalente economico*”); Cassazione Regno, sezioni unite, 30 Novembre 1927, in *Giur. it.*, 1928, 261, (“*Il risarcimento può essere ammesso solo nel caso in cui dalla lesione del diritto o dalla privazione di un bene di carattere non patrimoniale siano derivate immediatamente o mediatamente conseguenze dannose per la persona che ebbe a soffrire l'atto illecito*”), con nota di B. Brugi; Corte di appello di Bari, 2 Dicembre 1927, in *Corte Bari*, 1928, 80; Corte di appello di Palermo, 7 Marzo 1927, in *Foro it. Rep.*, 1927, voce *Resp. civ.*, n. 435; Corte di appello di Genova, 28 Novembre 1927, in *Foro it., Rep.*, 1927, voce *Resp. civ.*, n. 439; Corte di appello Firenze, 31 Luglio 1928, in *Foro it. Rep.*, 1928, voce *Resp. civ.*, n. 444; Corte di appello Bari, 19 Marzo 1928, in *Foro it. Rep.*, 1928, voce *Resp. civ.*, n. 651; Corte di appello di Perugia, 29 Marzo 1928, in *Foro umbro*, 1928, 60; Corte di appello Venezia, 5 Luglio 1928, in *Mont. Trib.*, 1929, 164; Cassazione 20 Luglio 1929, in *Foro it. Rep.*, 1929, voce *Resp. civ.*, n. 321.

¹³¹ Cassazione di Roma, sezioni unite, 27 aprile 1912, in *Giur. it.*, 1912, I, 1, 837 ss. Nella massima della sentenza si legge “*Nel danno di colpa aquiliana è dovuto il risarcimento non solo dei danni patrimoniali direttamente prodotti dal delitto o dal quasi-delitto, ma anche del danno economico indiretto che deriva dai dolori e patemi d'animo sofferti a cagione del medesimo fatto*”.

¹³² Cassazione del Regno, 20 ottobre 1924, in *Giur. ital.*, 1924, I, 1, 952. Vedi anche Cassazione, 28 gennaio 1931, in *Mass. Giur. ital.*, 1931, 58, n. 320.

Nell'aderire alla tesi che negava la risarcibilità del danno morale, i giudici recepirono puntualmente i concetti elaborati dalla dottrina e fondarono la maggior parte delle proprie decisioni sui seguenti punti: a) il codice civile disciplina unicamente i rapporti giuridico-patrimoniali e quindi l'art. 1151 non può riguardare i rapporti morali; b) non esistono criteri certi per la liquidazione del danno morale; c) il pagamento di una somma di denaro all'offeso non può mai costituire un "risarcimento" in senso tecnico in quanto non è possibile che egli possa confortarsi "*nella contemplazione dell'oro del suo offensore*".

A consolidare tale posizione contribuì, secondo alcuni, il fatto che l'istituto della riparazione¹³³, introdotto dal codice penale del 1889¹³⁴ solo per i reati che offendevano l'onore della persona e della famiglia, venne esteso, ai sensi dell'art. 7 del c.p.p. del 1913¹³⁵, a tutti i delitti contro la persona e a quelli che offendevano la libertà individuale, l'onore della persona e della famiglia, l'inviolabilità del domicilio e dei segreti.

L'estensione ad altre fattispecie delittuose, infatti, avrebbe costituito la conferma che il legislatore aveva inteso limitare l'operatività dell'istituto riparatorio solamente ai casi più gravi che reclamavano una soddisfazione pecuniaria, indipendentemente dal danno materiale, escludendo di conseguenza la sussistenza di un generale principio di risarcibilità dei danni morali puri.

Nel 1930, però, con l'entrata in vigore del nuovo codice penale, tutte le questioni da tempo dibattute sulla *risarcibilità* (e non *riparabilità*) del danno morale soggettivo, a prescindere dalla sussistenza da una fattispecie di reato, riemersero prepotentemente.

L'art. 185 c.p., infatti, disponeva che "*Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui*".

La norma conteneva un'innovazione terminologica di tutta evidenza. Ai due concetti di risarcimento e riparazione¹³⁶ veniva sostituito l'unico concetto di risarcimento, applicabile

¹³³ Vedi P. CALAMANDREI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali*, cit., 172 il quale considerava la riparazione un istituto dalla natura giuridica ibrida; alcuni Autori, ad es. G. PACCHIONI, *L'art. 185 codice penale*, cit., 348 s., ritenevano che riparazione risarcimento si distinguessero sia per la funzione, rispettivamente compensativa e punitiva, che per i diversi criteri di valutazione e quantificazione del danno.

¹³⁴ Ai sensi dell'art. 38 c.p. 1889 "*Oltre alle restituzioni e al risarcimento dei danni, il giudice, per ogni delitto che offenda l'onore della persona e della famiglia, ancorché non abbia cagionato danno, può assegnare alla parte offesa, che ne faccia domanda, una somma determinata a titolo di riparazione*".

¹³⁵ Ai sensi dell'art. 7 c.p.p. 1913 "*Il reato può produrre azione civile per il risarcimento del danno e per le restituzioni. I delitti contro la persona e quelli che offendono la libertà individuale, l'onore della persona o della famiglia, l'inviolabilità del domicilio o dei segreti, anche se non abbiano cagionato danno, possono produrre azione civile per riparazione pecuniaria*".

¹³⁶ Sulle differenze tra riparazione pecuniaria e risarcimento dei danni morali vedi L. COVIELLO, *L'art. 185 del codice penale*, cit., 315 s. La prima prescinderebbe dall'esistenza e dalla prova di qualunque danno, il risarcimento dei danni morali richiederebbe almeno la prova generica di essi.

sia ai danni patrimoniali che ai danni morali (rinominati nel nuovo codice non patrimoniali)¹³⁷.

Tale modifica determinò in dottrina e giurisprudenza diverse reazioni.

La giurisprudenza, dopo qualche oscillazione, riconfermò il tradizionale orientamento restrittivo secondo il quale era da considerarsi irrisarcibile il danno non patrimoniale al di fuori della fattispecie penale¹³⁸.

La dottrina, per altro verso, registrò al proprio interno varie opinioni che si possono ricondurre a due posizioni: quella di chi attribuiva alla novità terminologica un significato sostanziale e quella di chi, invece, le conferiva una portata meramente formale¹³⁹.

In particolare, la polemica si appuntò sulla possibilità di estendere la portata applicativa dell'art. 185 c.p. anche al campo degli illeciti civili, considerando la norma come interpretativa dell'art. 1151 c.c.¹⁴⁰

¹³⁷ Nella relazione al codice Rocco si precisa che la scelta di chiamare danno non patrimoniale il danno morale derivava dalla confusione che nasceva in giurisprudenza tra i veri e propri danni morali e i danni morali indiretti, quelli cioè che, pur registrando la lesione di un valore non patrimoniale presentavano tuttavia conseguenze economicamente valutabili.

¹³⁸ Cassazione 20 Maggio 1930, in *Foro it. Rep.*, 1930, voce *Resp. civ.*, n. 284; Cassazione 28 Maggio 1931, in *Foro it. Rep.*, 1931, voce *Resp. civ.*, n. 361; Cassazione, sez. III, 17 Luglio 1931, in *Foro it.*, 1932, I, 110; Cassazione, sez. III, 21 Maggio 1932, in *Foro it.*, 1932, I, 1232 e 1622, con nota di A. Montel; Corte di appello di Firenze, 18 Febbraio 1932, in *Giur. it.*, 1932, I, 2, 178; Corte di appello Milano 1933, in *Mont. trib.*, 1933, 700; Corte di Appello di Torino, 2 Settembre 1933, in *Giur. tor.*, 1582; Corte di appello di Milano, 9 Marzo 1934, in *Temi lomb.*, 1934, 525; Corte di Appello di Trieste, 8 Agosto 1934, *Giur. it.*, 1934, I, 2, 514; Trib. Milano, 13 Dicembre 1934, in *Temi lomb.*, 1934, 300.

Ma vedi, per l'opinione contraria, Pretura di Cassino, 7 Luglio 1932, in *Giur. it.*, 1932, I, 2, 507 ss. secondo cui la disposizione del nuovo codice penale può estendersi per analogia ai danni non patrimoniali provenienti da illecito civile e può ritenersi interpretativa della norma dettata dal codice civile; nello stesso senso anche Trib. Torino, 13 dicembre 1933, in *Giur. it.*, 1934, I, 2, 217. Sosteneva il carattere generale del principio dell'art. 185 c.p., Trib. Torino 15 marzo 1933, in *Giur. tor.*, 1933, 1953.

¹³⁹ Favorevoli al risarcimento del danno non patrimoniale anche nel caso in cui all'illecito civile non si accompagnasse quello penale, A. ASCOLI, *Risarcibilità del danno morale*, cit., 405; L. COVIELLO, *L'art. 185 c.p. e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, cit., 313 ss.; G. GENTILE, *Il risarcimento del danno morale nel nuovo codice penale*, in *Resp. civ. e prev.*, 1931, 219; P. CALAMANDREI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali*, cit., 171 ss. Si tengano presenti i seguenti elementi addotti dagli Autori per dimostrare come la nuova formulazione letterale dell'art. 185 c.p. fosse il frutto di una decisione consapevolmente adottata e non una svista terminologica.

1) Secondo l'art. 43 delle disposizioni per l'attuazione del codice penale, pubblicate con regio decreto 28 Maggio 1931 n. 301, "Per fatti commessi anteriormente all'attuazione del codice penale non si applica per il risarcimento del danno non patrimoniale l'art. 185 c.p., ma continuano ad osservarsi le disposizioni dell'art. 7 del codice di procedura penale".

2) Nella Relazione ministeriale al codice Rocco, al n. 92, sono contenute le motivazioni che portarono a non applicare l'art. 7 del c.p.p. del 1913 e si rileva che "oltre il danno patrimoniale e non patrimoniale non può esistere altra specie di danno riparabile" e "che se l'offesa non ha prodotto neppure un danno non patrimoniale, ciò significa che si tratta di un risentimento cupido di vendetta o di lucro, e non di un detrimento che giustamente reclama una riparazione pecuniaria. Per soddisfare cotesto risentimento bisognerebbe tornare alla pena privata, istituto abolito da secoli e che di proposito non si è voluto ripristinare". 3) Si osservò poi che il nuovo codice penale ammetteva il risarcimento dei danni anche dopo estinto il reato o la pena, mentre il codice Zanardelli del 1889, all'art. 102, disponeva che "l'estinzione dell'azione penale non pregiudica l'azione civile per le restituzioni e il risarcimento dei danni" senza fare menzione della riparazione.

Di contrario avviso, MANDRIOLI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 444 ss.; G. PACCHIONI, *L'art. 185 codice penale*, cit., 345 ss.

Diverse furono le argomentazioni a sostegno della tesi affermativa. Vi fu chi sostenne che il legislatore, nello scrivere la norma, avesse inteso effettuare un'interpretazione autentica dell'art. 1151 c.c., eliminando così ogni dubbio riguardo alla comprensività dell'espressione "danno"¹⁴¹; secondo altri, invece, la portata normativa dell'art. 185 c.p. era da considerarsi di carattere generale nonostante l'occasionale collocazione nel codice penale¹⁴²; secondo altri, ancora, nessuna ragione giuridica avrebbe impedito il ricorso all'interpretazione analogica dell'art. 185 c.p., stante il suo carattere di norma non incriminatrice e, perciò, non penale in senso stretto¹⁴³; non mancò, infine, chi ritenne sufficienti i principi generali dell'ordinamento a giustificare l'espansione della norma oltre i confini penalistici¹⁴⁴.

I sostenitori della tesi negativa affermarono, invece, che l'utilizzo del termine "risarcimento" rappresentasse, soltanto, un'innovazione terminologica formale, peraltro poco felice, e che in realtà il legislatore avesse inteso unicamente ampliare la portata della norma estendendo l'applicazione dell'istituto della riparazione a tutti i reati (compresi i delitti colposi e le contravvenzioni), garantendo così alla vittima della condotta criminosa una maggiore tutela ma pur sempre limitata all'ambito penalistico¹⁴⁵.

Nel pieno del suddetto dibattito la formulazione dell'art. 85 del Progetto italo-francese del Codice delle obbligazioni e dei contratti del 1927, che disponeva che "L'obbligazione del risarcimento comprende tutti i danni materiali e morali, cagionati da atto illecito"¹⁴⁶, sembrò rappresentare la manifestazione di un atteggiamento favorevole alla più ampia tutela degli interessi non patrimoniali.

¹⁴⁰ Sul punto vedi P. CALAMANDREI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali*, cit., 172, secondo il quale l'introduzione dell'art. 185 c.p. avrebbe avuto delle ripercussioni sull'interpretazione dell'art. 1151 c.c. L'A. ipotizza anche eventuali effetti sulle norma riguardanti il risarcimento del danno contrattuale.

¹⁴¹ G. GENTILE, *Il risarcimento del danno morale nel nuovo codice penale*, cit., 219. *Contra* G. PACCHIONI, *L'art. 185 codice penale*, cit., 354 s., il quale sostiene non essere possibile che una norma come quella dell'art. 185, relativa ai soli reati, possa interpretare autenticamente l'art. 1151, riguardante invece tutti gli illeciti dannosi.

¹⁴² F. DEGNI, *Riflessi civilistici del nuovo codice penale*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 1-2; A. ASCOLI, *Risarcibilità del danno morale*, cit., 408 ss.

¹⁴³ L. COVIELLO, *L'art. 185 del codice penale*, cit. p.321; A. MONTEL, *Sulla risarcibilità dei danni morali*, in *Foro it.*, 1932, I, 1627. *Contra* PACCHIONI, *L'art. 185 codice penale*, cit., 354 s., per il quale mancherebbe un presupposto fondamentale per l'attivazione del procedimento analogico e cioè la mancanza di una disposizione direttamente applicabile al caso concreto. In questo caso vi sarebbe infatti l'art. 1151 c.c.

¹⁴⁴ R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, II, § 71.

¹⁴⁵ G. PACCHIONI, *L'art. 185 codice penale*, cit., 352; per la critica alla posizione del Calamandrei, vedi p. 354 s. L'A. fa leva nelle sue argomentazioni sul significato della parola danno (da *damnum*, *demo*=portar via) e sul significato del verbo risarcire (ristabilire, ricostruire) e sostiene che l'espressione risarcimento del danno indichi il "ristabilimento dello stato in cui il patrimonio del danneggiato si trovava prima che si fosse verificato l'atto illecito dannoso"(p. 346 s.). Ristabilimento che si traduce nella attribuzione al danneggiato di una somma di denaro. *Contra* L. COVIELLO, *L'art. 185 del codice penale*, cit., 316 s., secondo il quale risarcire non significa solo compensazione pecuniaria ma più in generale restituzione *ad pristinum*.

¹⁴⁶ Secondo la *Relazione sul progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti, comune all'Italia e alla Francia*, in *Progetto di Codice delle Obbligazioni e dei Contratti- Testo definitivo approvato a Parigi nell'Ottobre 1927*, Roma 1928, p. LXXXVI, si legge che " si è definitivamente risolta...la vessatissima questione sulla risarcibilità dei danni morali, dichiarando in modo esplicito che qualunque danno materiale

Tuttavia, le aspettative ingenerate dal Progetto italo francese, all'atto della stesura del nuovo codice civile, vennero deluse. Infatti, a differenza del succitato art. 85 il nuovo art. 2059 c.c. prescriveva che *“Il danno non patrimoniale¹⁴⁷ deve essere risarcito nei soli casi determinati dalla legge”*.

Inoltre, nonostante non contenesse alcun riferimento alla legge penale, la Relazione al cod. civ., a commento e spiegazione dell'art. 2059 c.c., precisava che i *“casi determinati dalla legge”* coincidevano con i casi in cui l'illecito aveva natura di reato. La Relazione motivava la scelta legislativa con il fatto che *“la resistenza della giurisprudenza a tale estensione può considerarsi limpida espressione della nostra coscienza giuridica. Questa avverte che soltanto nel caso di reato è più intensa l'offesa all'ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una energica repressione con carattere anche preventivo”*.

Scopo primario della norma sarebbe stato, dunque, non tanto quello di tutelare la persona quanto quello di tutelare l'ordine giuridico che lo Stato esprimeva e rappresentava in quel determinato contesto storico.

Di conseguenza la dottrina dominante dell'epoca ritenne che la nuova norma avesse una portata applicativa ristretta e rappresentasse, quindi, una sicura battuta d'arresto in quanto – non autorizzando in alcun modo la risarcibilità dei danni non patrimoniali al di fuori delle ipotesi di reato – avrebbe avuto l'unica funzione di circoscrivere la rilevanza di quei danni, appunto, al campo dei reati.

o morale deve essere risarcito, intendendosi per danno morale quello che in nessun modo tocca il patrimonio, ma arreca un dolore alle vittime, come è provato dalle esemplificazioni che seguono nello stesso articolo”.

¹⁴⁷ Vasta è la bibliografia sul tema del danno non patrimoniale (danno morale) e della sua risarcibilità. Si vedano, per la dottrina successiva all'emanazione del nuovo codice civile, tra i trattati a carattere istituzionale che hanno considerato l'argomento come uno degli aspetti della problematica della responsabilità civile A. DE CUPIS, *Il danno, teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979; T. BRASIELLO, *I limiti della responsabilità per danni*, Milano, 1959; E. BONVICINI, *Il danno alla persona, il danno risarcibile ed il suo accertamento*, Milano, 1958; ID., *La responsabilità civile*, II, Milano, 1971; A. MONTEL, *Problemi della responsabilità e del danno*, Torino, 1952; L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1964; ROVELLI, *Il risarcimento del danno alla persona*, Torino, 1963;; F. ROVELLI, *La responsabilità civile da fatto illecito*, Torino, 1964; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967; G. TUCCI, *Il danno ingiusto*, Napoli, 1970; E. BONASI-BENUCCI, *Responsabilità civile*, Milano, 1955; M. POGLIANI, *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, Milano, 1964; V. COLASSO, *La responsabilità civile*, Milano, 1949.

Per ciò che concerne gli specifici contributi sul danno non patrimoniale si vedano R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 277 ss.; ID., voce *Danno morale*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960; A. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962; C. SCUTO, *Osservazioni sul danno non patrimoniale e sulla risarcibilità nel nostro diritto positivo*, in *Dir. giur.*, 1953, 451 ss.; A. GIRARDI, *Sul concetto di danno morale*, in *Foro it.*, 1956, IV, 148 ss.; STEFANINI, *Sulla risarcibilità del danno non patrimoniale da illecito civile*, in *Nuovo dir.*, 1951, 157 ss.; G. GENTILE, *Problemi insoluti nella valutazione del danno alla persona*, in *Resp. civ. e prev.*, 1951, XVI, 4; A. MONTEL, *Ancora in tema di danni non patrimoniali*, in *Foro pad.*, 1956, I, c. 23 ss; SGROI, *Lesione dei diritti della personalità e risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Giust. civ.*, 1963, I, 1195; R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 464.

Nel 1948 l'entrata in vigore della Costituzione comportò un radicale capovolgimento degli scenari. Lo Stato liberale, basato sul principio individualistico lasciò il posto al nuovo Stato sociale, caratterizzato, invece, dal principio solidaristico.

Questo nuovo sistema radicato sulla persona riaccese il dibattito e le dispute interpretative circa l'ambito di applicazione del danno non patrimoniale.

Era evidente, infatti, che l'art. 2059 c.c. stridesse palesemente con i nuovi principi personalistici e di solidarietà introdotti dalla Costituzione e non fosse, pertanto, in grado di attuarli.

Due sarebbero state le questioni all'origine del contrasto: la prima, di ordine normativo, concerneva il principio di tipicità, in base al quale i danni non patrimoniali sarebbero stati risarcibili solo nelle ipotesi di reato, le uniche previste dalla legge.

La seconda questione, di ordine interpretativo, riguardava, invece, il significato da attribuire alla nozione di "*danno non patrimoniale*".

La giurisprudenza dominante interpretava l'espressione in senso restrittivo ovvero come danno morale soggettivo, consistente nel patema d'animo, nell'angoscia e in tutte quelle sofferenze che patisce la vittima di un reato.

La dottrina, invece, accoglieva la tradizionale definizione secondo la quale il danno può dirsi "*patrimoniale o non patrimoniale, a seconda che abbia per oggetto un interesse privato patrimoniale o non patrimoniale*"¹⁴⁸.

La ricerca di soluzioni interpretative funzionali alla tutela dei diritti emergenti, primo fra tutti quello alla salute, avrebbe condotto alla enucleazione di diverse strategie.

Ci fu chi propose, adottando la strategia che un autorevole studioso¹⁴⁹ avrebbe definito della smantellamento, di abolire l'art. 2059 c.c. Più in particolare, secondo alcuni la norma sarebbe dovuta essere abrogata in quanto inopportuna ed inadatta a garantire effettività alla Costituzione e ai principi dalla stessa proclamati¹⁵⁰. Altri, invece, evidenziando la totale incompatibilità con le nuove esigenze di protezione della persona, ne auspicava la declaratoria di incostituzionalità¹⁵¹.

Ci fu, poi, chi propose di trasferire il giudizio di responsabilità per danno non patrimoniale dall'art. 2059 c.c. all'art. 2043 c.c. Tale strategia, definita del traghettamento, avrebbe permesso, attraverso un'interpretazione analogica, di tutelare i diritti della persona costituzionalmente garantiti sfruttando le potenzialità della clausola generale del danno ingiusto¹⁵².

¹⁴⁸ La definizione è di A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1966, 49; vedi anche A. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1972, 89.

¹⁴⁹ F.D. BUSNELLI, *Danno biologico*, cit., 249 s.

¹⁵⁰ A DE CUPIS, *Sulla pretesa incostituzionalità della limitazione del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Giur. merito*, 1974, 350 ss.

¹⁵¹ G. Salfi, *Reminiscenze dogmatiche per il c.d. danno alla salute: un ripensamento della Corte costituzionale*, in *Resp. civ. prev.*, 1986, 534

¹⁵² Vedi Trib. Genova, 25 maggio 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 61.

Un'altra strategia, infine, avanzata dalla dottrina più avveduta, e definita dell'erosione, riteneva invece che dell'art. 2059 c.c. dovesse darsi un'interpretazione *razionale o ragionevole*¹⁵³, coerente con le intenzioni del legislatore del tempo in cui la norma vige. Secondo l'Autore, infatti, *“ciò che nella legge è effettivamente determinato, cioè i principi e le regole più ampie che ne governano il sistema, può risultare da un'interpretazione razionale (più che analogica) della regola espressa che da questa consenta di risalire e ricostruire la regola inespressa”*¹⁵⁴

In conclusione, quest'ultima teoria, a differenza delle altre che ritenevano necessario abolire o disapplicare l'art. 2059 c.c. per attuare la Costituzione, ritenne che la norma stessa potesse essere invece lo strumento per il raggiungimento di quello scopo. L'art. 2059 contiene, infatti, una norma aperta, funzionale al sistema e capace, per questo, di recepire le nuove esigenze della società. Così scriveva al proposito l'esponente di questa teoria, anticipando di circa vent'anni le soluzioni che avrebbero offerto le Sezioni unite della Corte di Cassazione¹⁵⁵: *“il senso della permanenza, nel sistema del codice civile, dell'art. 2059 c.c. sta proprio nella capacità di adeguarsi e, dunque, di essere ancora utilizzato, pur essendo mutati i fondamenti ideologici dell'ordinamento statutale che lo aveva espresso”*¹⁵⁶.

3.2 La depatrimonializzazione del diritto privato.

Agli inizi del 1900 la tutela dei diritti della persona era apprestata solo nell'ambito del diritto penale. Fu solo a partire dagli anni sessanta che si sviluppò e si affermò la tendenza normativo-culturale ad attribuire ai rapporti patrimoniali il ruolo di strumenti di attuazione del valore della dignità umana.¹⁵⁷

L'espansione dello schema della patrimonialità oltre i suoi limiti nell'ambito dei diritti personali fu necessario al fine di assicurare una tutela ad interessi che ne sarebbero rimasti sprovvisti.

Se però in un primo tempo sono stati gli aspetti di vita extrapatrimoniali (appunto personali) ad essere imbrigliati in una logica patrimonialistica, con l'evolversi dell'ordinamento giuridico (che ha stimolato una scelta fra personalismo e patrimonialismo) è stata la logica della piena ed omnicomprensiva tutela della persona umana a condizionare l'interpretazione di istituti di carattere patrimoniale.

Ciò comportò l'incrinarsi del sistema risarcitori tradizionale basato sulla lettura in chiave patrimonialistica di tutti i pregiudizi diversi dalla sofferenza e dal dolore. Comincia

¹⁵³ Vedi G.B. FERRI, *Il danno alla salute e l'economia del dolore*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 838.

¹⁵⁴ G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli – G. Scalfi, Milano, 1985, 356.

¹⁵⁵ Vedi Cassazione, 31 maggio 2003, nn.8827/8828, in *Danno e resp.* 2003, 8-9, 816 ss.

¹⁵⁶ G.B. FERRI, *Il danno alla salute e l'economia del dolore*, cit., 838.

¹⁵⁷ P. PERLINGIERI, *«depatrimonializzazione» e diritto civile*, cit., 3.

ad arrestarsi il processo di patrimonializzazione forzata del pregiudizio e si rimette in discussione l'equazione danno non patrimoniale danno morale soggettivo.

La manifestazione più evidente del processo di depatrimonializzazione del diritto privato si ebbe con la figura del danno biologico¹⁵⁸.

La nuova tendenza alla depatrimonializzazione si è manifestata su un doppio livello: a livello esegetico il fenomeno si è tradotto nell'assorbimento di valori esulanti dalla sfera patrimoniale e a livello critico-costruttivo si è realizzato, nella rimediazione dei concetti e nell'approntamento di nuovi strumenti operativi, nella espulsione dal processo rielaborativo di valori e di tecniche tipici della logica mercantile¹⁵⁹.

Circa il primo livello, si allude alla norma contenuta nell'art. 1174 c.c., che ormai non può più essere considerata, nonostante la sua collocazione topografica nel codice civile, un'eccezione¹⁶⁰. Dal testuale riconoscimento della natura non necessariamente patrimoniale dell'interesse del creditore nel rapporto obbligatorio si trarrebbe, infatti, la conferma che anche l'obbligazione, istituto tipicamente patrimoniale, “*non è destinata a soddisfare solo gli interessi patrimoniali del soggetto, ma altresì i suoi interessi culturali, religiosi, morali, in una parola non patrimoniali*”¹⁶¹

Per ciò che concerne il livello critico – costruttivo, invece, molteplici sono stati i punti di emersione del processo in esame, ma il più importante si è riscontrato nell'ambito della valutazione del danno alla persona con l'introduzione, fra le voci da considerare ai fini dell'ammontare della pretesa risarcitoria, del danno biologico.

3.3 Il problema della risarcibilità del danno alla salute

Per lungo tempo la rilevanza del danno alla persona e, nello specifico, alla salute, è stata limitata al profilo patrimoniale¹⁶².

¹⁵⁸ Sul fenomeno della depatrimonializzazione del diritto privato vedi in particolare F. MACARIO e C. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contratti*, 2010, 7, 701 ss.; C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 644 ss.; A. DE CUPIS., *Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 482 ss.; P. PERLINGIERI, *«depatrimonializzazione» e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1 ss.

¹⁵⁹ C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, cit., 650.

¹⁶⁰ C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, cit., 650; *contra* vedi P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 181; G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 201 ss.

¹⁶¹ M. GIORGIANNI, *Obbligazione (Diritto privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1965, 587.

Necessario, a tal proposito, è il richiamo alle sezioni unite della Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 26972 del 2008, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 11, 1607 ss., hanno ammesso, per la prima volta, sulla scorta di tale norma, il risarcimento del danno non patrimoniale derivato dall'inadempimento dell'obbligazione avente fonte contrattuale

¹⁶² Sul tema del danno alla salute e del danno biologico vedi G. ALPA, *Il danno biologico: percorso di un'idea*, Padova, 1987; ID., *Danno biologico e diritto alla salute davanti alla Corte di Cassazione*, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1907 ss.; ID., *Danno «biologico» e diritto alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 Costituzione*, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, 442; ID., *Danno biologico e diritto alla salute davanti alla Corte Costituzionale*, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 9; M. BARGAGNA - F.D. BUSNELLI, *La valutazione del danno alla salute*, Padova, 2001; M. BESSONE, *Danno biologico, garanzia della persona e problemi di legittimità costituzionale dell'art. 2059 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, 277 ss.; ID., *Valore precettivo dell'art. 32*

L'imponente sviluppo economico-industriale e tecnologico della società civile a partire dal dopoguerra aumentò, infatti, il peso economico della salute, considerata la condizione fondamentale per la formazione del patrimonio individuale e familiare del lavoratore.

Scarso rilievo veniva, invece, attribuito all'integrità psicofisica in sé considerata. Il risarcimento del danno era, infatti, commisurato alle conseguenze economiche patite dal danneggiato consistenti, di regola, nelle spese per le cure mediche e nella diminuzione del reddito individuale.

La patrimonializzazione del danno all'integrità fisica avveniva tramite l'applicazione alternativa di due metodi di liquidazione: quello puramente equitativo, che rimetteva l'apprezzamento del quantum da corrispondere per il pregiudizio sofferto alla discrezionalità del giudice (art. 1226 c.c.), e quello, di gran lunga più utilizzato, fondato sulla capitalizzazione del reddito percepito dal soggetto leso.

Cost., tutela della salute e danno biologico, in *Foro pad.*, 1981, 323 ss.; M. BESSONE, E. ROPPO, *Lesione dell'integrità fisica e "diritto alla salute". Una giurisprudenza innovativa in tema del danno alla persona*, in *Giur. it.*, 1975, I, 60 ss.; F.D. BUSNELLI, *Il danno biologico: dal diritto vivente al diritto vigente*, Torino, 2001; ID., *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, I, 1; ID., *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 1, 27; C. CASTRONOVO, «Danno biologico senza miti» in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 3 ss.; ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006; F.D. BUSNELLI - U. BRECCIA, *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978; A. DE CUPIS, *Il diritto alla salute tra Cassazione e Corte Costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1980, I, 534 ss.; ID., *Sulla pretesa incostituzionalità della limitazione del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Giur. merito*, 1974, 374 ss.; ID., *Il valore economico della persona umana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1252; M.V. DE GIORGI, *Danno alla persona*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988; G. DEL MEDICO, *Tre sentenze in cerca di una soluzione (sul problema del danno alla persona)*, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, c. 20; M. DOGLIOTTI, *Danno non patrimoniale e diritto alla salute*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, 783 ss.; C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 644 ss.; C. GERIN, *La valutazione medico-legale del danno alla persona in responsabilità civile*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1953, 371 ss.; HAUPT, *Danno alla persona e diritto alla salute (in margine alla giurisprudenza sul «danno biologico»)*, in *Giur. merito*, 1976, II, 124ss; A. LENER, nota a Cassazione, sezioni unite, 6 ottobre 1979; n. 5172; F. MASTROPAOLO, *Tutela della salute, risarcimento del «danno biologico» e difesa dalle immissioni*, in *Giur. it.*, 1984, 537 ss.; ID., *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983; MONATERI P.G., *La Costituzione e il diritto privato: il caso dell'art. 32 Cost. e del danno biologico («Staatsrecht verghe, Privatrecht besteht»)*, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, 2976 ss.; V. MONETTI - G. PELLEGRINO, *Proposte per un nuovo metodo di liquidazione del danno alla persona*, in *Foro it.*, 1974, V, 159 ss.; C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1961, 1 ss.; M. POGLIANI, *La «regola del calzolaio» per la corretta valutazione del danno alla persona*, in *Resp. civ. prev.*, 1975, 416 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rassegna dir. civ.*, 1982, 1020 ss.; G. PONZANELLI, *Il cammino del danno alla salute*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, 342 ss.; ID., *Fermenti giurisprudenziali toscani in tema di valutazione del danno alla persona*, in *Resp. civ. prev.*, 1979, 357 ss.; ID., *La Corte di Cassazione e il danno alla salute*, in *Resp. civ. prev.*, 1981, 697 ss.; ID., *La Corte Costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, in *Foro it.*, 1986, I, 134 ss.; ID., *Danno non patrimoniale e danno alla salute: due sentenze della Corte Costituzionale*, in *Resp. civ. prev.*, 1979, 698 ss. PULVIRENTI A., *Il danno all'integrità psicofisica (cosiddetto danno biologico) nella più recente sentenza della Corte Costituzionale*, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 392 ss.; ID., *Considerazioni sulla natura del danno all'integrità psicofisica della persona umana dopo la sentenza 30 giugno 1986 n. 184 della Corte Costituzionale*, in *Foro pad.*, 1987, I, 23 ss.; P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990; C. SALVI, *Il danno extracontrattuale: modelli e funzioni*, Napoli, 1985; G. SCALFI, *Errare humanum est, perseverare diabolicum*, in *Resp. civ. prev.*, 1976, 466 ss.; ID., *Reminiscenze dogmatiche per il c.d. danno alla salute: un ripensamento della Corte Costituzionale*, in *Resp. civ. prev.*, 1986, 533 ss.; G. VETTORI, *Il danno non patrimoniale fra illecito e contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 2, 235 ss.

Tale ultimo meccanismo portava, tuttavia, a risultati profondamente iniqui in quanto soggetti che subivano le medesime lesioni fisiche venivano risarciti differentemente in ragione delle diverse condizioni economico-sociali.

Inoltre, con l'entrata in vigore della Costituzione, lo stesso si poneva in contrasto sia con il principio di uguaglianza sia con quello di tutela della salute inteso, ai sensi dell'art. 32 Cost., come interesse della collettività e diritto dell'individuo.

Il principio personalista introdotto dalla Carta Costituzionale veniva, inevitabilmente, a scontrarsi con le previsioni codicistiche che, viceversa, rispondevano ad una logica incentrata esclusivamente sui valori patrimoniali.

L'unica norma di riferimento che facesse esplicito richiamo al danno non patrimoniale era contenuta nell'art. 2059 c.c. la cui collocazione alla fine del libro IV delle obbligazioni del codice civile, nonché la sua formulazione letterale, costituivano, peraltro, limpida testimonianza del ruolo che il legislatore aveva voluto riservare alla persona nel campo dei rapporti patrimoniali¹⁶³.

Il tema del danno alla persona, ed in particolare quello del danno alla salute, poneva i primi grandi problemi: 1) la risarcibilità della lesione alla salute che abbia comportato conseguenze di carattere personale a prescindere dal reddito lavorativo del danneggiato 2) l'individuazione della natura giuridica del danno alla salute: patrimoniale, non patrimoniale o extrapatrimoniale 3) l'individuazione del metodo di valutazione del danno più idoneo a garantire e soddisfare al tempo stesso esigenze di uniformità e di equità?

La risarcibilità del danno non patrimoniale era limitata ai casi espressamente previsti dalla legge i quali, di fatto, si riducevano alle ipotesi di reato previste dal codice penale. Se si considera, inoltre, che di regola il reato è previsto nella forma dolosa, in quanto la fattispecie colposa deve essere espressamente prevista, si immaginerà agevolmente l'enorme quantità di illeciti civili ai quali era precluso l'accesso alla tutela risarcitoria.

La rilevanza assunta dalla salute all'interno dell'ordinamento giuridico e l'inerzia del legislatore ordinario resero necessaria un'attività interpretativa che avrebbe permesso, da una parte, di risolvere i problemi di natura normativa ed interpretativa posti dall'art. 2059 c.c. e, dall'altra, di offrire un'adeguata tutela alle diverse e nuove fattispecie di danno attraverso l'applicazione della clausola generale dell'art. 2043 c.c.

A tal fine, a fronte della rigida formulazione letterale dell'art. 2059 c.c. e dell'altrettanto restrittiva interpretazione che la stessa giurisprudenza ne dava, si rese necessario l'uso di accorgimenti ed artifici.

La giurisprudenza consolidata, in particolare, attribuiva all'espressione "danno non patrimoniale" il tradizionale e ristretto significato di danno morale soggettivo che si caratterizzava per la sua insuscettibilità di essere riconosciuto ed accertato con criteri oggettivi. Da ciò conseguiva che tutti i possibili danni qualificabili in negativo come non

¹⁶³ G. VETTORI, *Il danno non patrimoniale tra illecito e contratto*, cit., 235.

patrimoniali, qualora non consistessero in angosce o sofferenze interiori e non si traducevano in un'effettiva diminuzione del reddito lavorativo, rischiavano, a causa della mancanza di un riferimento di diritto positivo, di non ricevere tutela giurisdizionale.

Così, per evitare le ingiustizie che discendevano dall'applicazione del criterio di valutazione del danno basato sul reddito individuale, la giurisprudenza, in un primo momento, operò una sorta di mascheramento individuando una serie di accorgimenti attraverso i quali risarcire la lesione personale a prescindere dalla sussistenza di riflessi di natura patrimoniale.

Ne è la prova il fatto che per lungo tempo le Corti di merito attribuirono ai danni alla salute una qualificazione diversa da quella che sarebbe stata loro propria immaginando un mancato guadagno, meccanicamente desumibile da un'ipotetica diminuzione della capacità lavorativa (generica o specifica), nelle ipotesi in cui il soggetto danneggiato non registrava una diminuzione reddituale¹⁶⁴ o non svolgeva attività lavorativa, ed inventando categorie concettuali ibride come il danno estetico o il danno alla vita di relazione.

E così, facendo leva sul concetto di capacità lavorativa generica¹⁶⁵, veniva risarcito il c.d. lucro cessante al lavoratore subordinato che, nonostante la menomazione subita, continuava a percepire lo stipendio¹⁶⁶. I giovani individui che invece non avevano ancora intrapreso un'attività lavorativa venivano risarciti con una somma di denaro determinata tramite il ricorso al c.d. presumibile guadagno futuro¹⁶⁷. Ed analoghe soluzioni venivano proposte anche quando il pregiudizio non era monetizzabile come nel caso della casalinga o di soggetti pensionati ai quali veniva corrisposto, in mancanza di un reddito lavorativo, il c.d. reddito figurato.

La giurisprudenza, inoltre, introduceva figure concettuali di danno poco chiare che avevano suscitato perplessità nella dottrina del tempo. Si pensi al danno estetico o al c.d. danno alla vita di relazione il quale veniva configurato come *“impossibilità per il soggetto menomato di reinserirsi nei rapporti sociali e di mantenerli ad un livello normale”* che si traduceva in un pregiudizio economico consistente nella perdita, da parte del soggetto leso, della capacità di concorrere con gli altri consociati sul piano dei rapporti sociali ed economici.

La dottrina dominante, diversamente dalla giurisprudenza, offriva una lettura ampia della formula *“danno non patrimoniale”* comprensiva di ogni tipo di pregiudizio derivante

¹⁶⁴ Si veda Appello Torino, 8 maggio 1968, in *Arch. Resp. civ.*, 1969, 110 ss. nel quale si afferma che *“il danno alla persona è la lesione della sua integrità fisiopsichica ed il reddito lavorativo altro non è che il parametro per la sua riduzione in termini monetari”*.

¹⁶⁵ Secondo C. GERIN, *La valutazione medico-legale del danno alla persona in responsabilità civile*, cit., 395 ss., *“La capacità lavorativa generica è una capacità comune a tutti gli esseri umani, e la possibilità di procacciarsi utilità economiche mediante il proprio lavoro manuale è insita in tutti gli uomini, è un valore economico comune, anche se da alcuni provvisti di beni di fortuna, tenuto inattivo, in riserva”*.

¹⁶⁶ V. Cassazione, 8 febbraio 1972, n. 321, in *Rep. Foro ital.*, 1972, voce *«Danni in materia civile»* n. 68. Tra le pronunce di merito si vedano Tribunale Napoli, 8 novembre 1970, in *Foro napol.* 1971, I, 181 ss.; Tribunale Varese, 8 maggio 1970, in *Arch. resp. civ.*, 1971, 820 ss.

¹⁶⁷ Vedi sul punto F.D. BUSNELLI, *Danno biologico*, cit., 25 ss.

dalla lesione di un bene non patrimoniale, e proponeva di conseguenza la riformulazione o la soppressione dell'art. 2059 c.c. al fine di consentire una piena tutela della personalità¹⁶⁸.

Soltanto una teoria risalente al 1957, rimasta isolata per lungo tempo e poi ripresa negli anni settanta dalla c.d. giurisprudenza alternativa genovese nella sentenza del Tribunale di Genova del 25 maggio 1974, considerava l'art. 2059 c.c. riferito esclusivamente ai danni morali¹⁶⁹. Nel rifiutare il binomio danno patrimoniale-danno non patrimoniale, espressione del tradizionale sistema bipolare, e facendo leva sull'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. l'Autore assegnava all'art. 2059 c.c. un ruolo marginale limitato esclusivamente ai danni morali immateriali (angosce e turbamenti dell'animo derivanti da reato) ed immaginava un'unica categoria di danno, quella del danno ingiusto, in grado di ricomprendere sia i danni patrimoniali, sia i danni personali, purché materiali¹⁷⁰.

Orbene, questa la situazione fino agli anni settanta, periodo in cui avvenne il ribaltamento del rapporto fra danno al patrimonio e danno alla persona. Per comprendere quest'ultimo profilo evolutivo della responsabilità tuttavia occorre fare un passo indietro per ricordare brevemente quanto è stato precisato nei precedenti paragrafi.

Gli anni cinquanta e sessanta, periodo nel quale la salute non veniva ancora considerata meritevole di tutela di per sé stessa ma era appunto legata strettamente ad una logica patrimonialistica, hanno costituito forse il momento più fecondo sotto il profilo delle interpretazioni evolutive dell'istituto della responsabilità civile. La dottrina più all'avanguardia, infatti, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, aveva rimeditato e reinterpretato gli istituti tradizionali del codice civile cercando di renderli compatibili con le nuove norme costituzionali e soprattutto con una realtà sociale ed economica soggetta ad un continuo e repentino cambiamento.

In questo senso il passaggio dalla responsabilità alla riparazione (sollecitato da una nuova sensibilità per i danni occorsi ai lavoratori nelle fabbriche e alle vittime di incidenti automobilistici e che si è tradotto nella rilettura delle fattispecie di colpa presunta) e la reinterpretazione dell'ingiustizia del danno alla luce del principio solidaristico della Costituzione¹⁷¹ quale clausola in grado di giustificare nuove esperienze di tutela sia sotto il profilo patrimoniale (tutela aquiliana del credito), sia sotto il profilo personale¹⁷², hanno coinciso con due fasi evolutive della responsabilità estremamente importanti che hanno

¹⁶⁸ Vedi fra gli altri A. DE CUPIS, *Sulla pretesa incostituzionalità della limitazione del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Giur. merito*, 1974, 350.

¹⁶⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 277 ss.

¹⁷⁰ R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, cit.,

¹⁷¹ Principio già presente nel codice civile secondo S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit.,

¹⁷² L'aggancio alla Costituzione avrebbe permesso di leggere la clausola in senso costituzionalmente orientato, e questa sarebbe stata poi la via percorsa dalla giurisprudenza degli anni successivi per fuggire dalle strettoie dell'art. 2059 c.c. e rifugiarsi nel danno ingiusto dell'art. 2043 c.c., che unitamente alle norme costituzionali, avrebbe consentito la tutela di danni anche personali

preparato la base sulla quale, poi, la giurisprudenza avrebbe realizzato, il ribaltamento definitivo del rapporto fra danno patrimoniale e personale, dapprima con la «patrimonializzazione forzata»¹⁷³ della persona ed in seguito con la sua depatrimonializzazione.

Fra i protagonisti della scoperta della persona, un posto di spicco lo occupa la scuola genovese che, al fine di correggere le iniquità causate dall'astratto riferimento al reddito percepito dal soggetto leso sulla base del sistema tabellare medico-legale, iniziò a qualificare la lesione dell'integrità fisica come danno biologico e a proporre un metodo di valutazione nuovo a cui corrispondessero criteri di quantificazione della lesione personale che fossero conformi ad una certa ed equa tutela risarcitoria¹⁷⁴.

Può dirsi storica la sentenza del Tribunale di Genova del 25 Maggio 1974¹⁷⁵. Tre, almeno, i punti essenziali per i quali tale pronuncia dovrebbe essere ricordata.

In primo luogo, ritenendo iniquo il sistema di valutazione basato sulla commisurazione del *quantum* risarcitorio al sesso, all'età e al reddito individuale della vittima, la pronuncia statuiti che la lesione permanente riguardante esclusivamente lo stato di salute della persona dovesse essere valutata e liquidata in termini di uguaglianza per tutti gli individui.

Più in particolare, in presenza di lesioni fisiche, la determinazione del danno risarcibile implicava la considerazione di due distinti profili: da un lato, il pregiudizio di ordine patrimoniale subito dal danneggiato in conseguenza delle lesioni, da accertarsi nella loro

¹⁷³ In tale fase l'individuo è stato considerato un bene patrimoniale avente un valore economico. A questo proposito si ricorda la disputa tra A. DE CUPIS, *Il valore economico della persona*, cit., 1264 s., favorevole all'allargamento del risarcimento del danno non patrimoniale, sull'assunto che i beni personali non costituissero valori economici, e C. GERIN, *La valutazione medico-legale del danno alla persona in responsabilità civile*, cit., 398, il quale sosteneva che l'individuo umano avesse come tale un valore economico e che di conseguenza alla realtà fisico-psichica corrispondesse una realtà economica

¹⁷⁴ Vedi V. MONETTI e G. PELLEGRINO, *Proposte per un nuovo metodo di liquidazione del danno alla persona*, cit., 159 ss., i quali con il loro scritto preannunciano le soluzioni alternative del Tribunale di Genova sostenendo la teoria di R. Scognamiglio (che attribuisce all'art. 2059 c.c. una portata restrittiva nel senso che con l'espressione danno non patrimoniale si intenderebbe designare in realtà i soli danni morali) e proponendo quale parametro di riferimento per il risarcimento del danno il reddito medio nazionale *pro capite* dell'anno in cui si opera la liquidazione.

¹⁷⁵ Trib. Genova, 25 Maggio 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, c. 54 ss., con nota adesiva di M. BESSONE e E. ROPPO, *Lesione dell'integrità fisica e «diritto alla salute» Una giurisprudenza innovativa in tema di valutazione del danno alla persona*, i quali considerano la sentenza meritevole di consenso per avere denunciato l'inadeguatezza del meccanismo di liquidazione delle lesioni fisiche ed avere prospettato l'esigenza di un suo superamento; nello stesso senso Trib. Genova, 20 Ottobre 1975, in *Resp. civ. prev.*, 1976, 466 ss., con nota contraria di G. SCALFI, *Errare humanum est, perseverare diabolicum*; in *Giur. it.* 1976, I, 2, 442, con nota di G. ALPA, *Danno «biologico» e diritto alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 della Costituzione*; Trib. Genova, 15 Dicembre 1975, in *Foro it.* 1976, I, c. 1997 ss.; Pret. Genova (sez. distacc. Di Torriglia), 21 Giugno 1974, ined.; Pret. Cairo Montenotte, 16 Luglio (ord.), in *Giur. it.* 1975, II, c. 350 ss. e in *Giur. mer.* 1976, II, 124 con nota adesiva di HAUPT, *Danno alla persona e diritto alla salute (in margine alla giurisprudenza sul «danno biologico»)*. *Contra v.* Appello di Genova, 17 Luglio 1975, in *Resp. civ. prev.*, 1975, 416 ss. con nota adesiva di M. PUGLIANI, *La «regola del calzolaio» per la corretta valutazione del danno alla persona* e in *Giur. it.* 1976, I, 2, c. 443 ss., con nota contraria di G. ALPA, *Danno «biologico» e diritto alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 Costituzione*; Trib. Napoli, 10 Dicembre 1975, in *Resp. civ. prev.*, 1976, 126 con nota adesiva di Bretzel.

concreta effettività e non già attraverso un astratto riferimento al reddito percepito dal soggetto leso, sulla base del sistema tabellare correntemente impiegato nella prassi; dall'altro lato, e cumulativamente, il pregiudizio non patrimoniale consistente nel "danno biologico" e cioè nella lesione della integrità fisica in sé e per sé considerata, il cui risarcimento deve variare solo con il variare dell'età del danneggiato.

In secondo luogo, utilizzando gli approdi interpretativi della dottrina più avveduta degli anni sessanta¹⁷⁶ ed individuando nell'art. 32 Cost. il fondamento normativo dell'ingiustizia del danno, il tribunale genovese rievocò la categoria del danno extrapatrimoniale che, trovando la propria disciplina nel combinato disposto degli articoli 2043 c.c. e 32 Cost., poteva in tal modo sottrarsi alle limitazioni dell'art. 2059 c.c.¹⁷⁷

In terzo luogo, si considerò che la valutazione del danno dovesse essere svolta con riferimento al reddito medio nazionale, *"l'ultimo ufficialmente noto nel momento in cui si deve operare la liquidazione e considerare la menomazione (se permanente) come se influisse negativamente sull'ammontare di una rendita vitalizia le cui singole annualità sarebbero pari al reddito medio nazionale in questione"*¹⁷⁸. La rendita così ottenuta doveva essere capitalizzata tenendo conto *"equitativamente"*¹⁷⁹ dell'aumento del reddito medio nazionale e degli indici di mortalità ricavati dai più recenti rilievi statistici ufficiali.

Le premesse concettuali innovative della Scuola genovese furono condivise anche dalla Scuola pisana. In una articolata motivazione, il Tribunale di Pisa¹⁸⁰, con sentenza 10 marzo 1979, precisava che *"non si può negare al nostro ordinamento il progressivo affermarsi di un principio generale di risarcibilità dei danni alla salute considerati in quanto tali, poiché una corretta interpretazione dell'art. 32 Cost. comma 1, in relazione agli artt. 2, 3, 41 Cost., e gli sviluppi giurisprudenziali e dottrinali più recenti sottolineano l'immediata operatività della norma costituzionale nell'ambito dei rapporti inter-privati e il riconoscimento del diritto alla salute come un diritto soggettivo che compete a ciascun individuo"*¹⁸¹.

Anche tale pronuncia ebbe grande rilievo, anzitutto perché confermò la necessità di assicurare il risarcimento a prescindere dalla capacità reddituale del danneggiato così come aveva ritenuto il tribunale genovese ma, a differenza di quest'ultimo, per un verso negò la legittimità della categoria del danno extrapatrimoniale e, per altro verso, ritenne fosse impossibile prescindere del tutto *"da una valutazione differenziata del danno perché*

¹⁷⁶ R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, cit., 277 ss.

¹⁷⁷ Contrari alla soluzione del Tribunale genovese M. POGLIANI, *La regola del calzolaio*, cit., 422 ss.; G. SCALFI, *Errare humanum, perseverare diabolicum*, cit., 466 ss.

¹⁷⁸ Tribunale Genova, 25 maggio 1974, cit., 69 s.

¹⁷⁹ Tribunale Genova, 25 maggio 1974, cit., 70 s.

¹⁸⁰ Trib. Pisa, 10 Marzo 1979, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, 20 ss., con nota di G. DEL MEDICO, *Tre sentenze in cerca di una soluzione (sul problema del danno alla persona)*, e in *Resp. civ. prev.*, 1979, 356 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Fermenti giurisprudenziali toscani in tema di valutazione del danno alla persona*.

¹⁸¹ Trib. Pisa, 10 Marzo 1979, cit., 32.

l'unica idonea, anche in presenza di identità di menomazioni psico-fisiche, a consentire un adeguamento, caso per caso, dell'entità del risarcimento alla concreta situazione di danno".¹⁸²

La soluzione prospettata, pur non disconoscendo l'esigenza di ricercare "un indice di valori medi cui fare primario riferimento per la valutazione di conseguenze di menomazioni sufficientemente tipizzate", accolse il principio secondo cui "l'entità del risarcimento del danno alla salute deve essere, in linea di tendenza, proporzionale alla gravità degli impedimenti economici e sociali causati dal fatto lesivo"¹⁸³.

Se il Tribunale genovese aveva cercato di perseguire esigenze di uniformità e certezza del diritto sull'assunto che ogni lesione della integrità fisica dovesse avere la stessa valutazione pecuniaria che prescindesse dalle ripercussioni sul reddito individuale, il Tribunale pisano aveva cercato, invece, di soddisfare, in prevalenza, esigenze di equità, attribuendo alla medesima lesione all'integrità psicofisica conseguenze personali differenti a seconda del caso concreto.

La scelta, da parte dei giudici pisani, di adottare un diverso criterio di valutazione del danno alla persona che privilegiasse anzitutto esigenze equitative rispetto ad esigenze di uniformità e certezza, si pose quale naturale conseguenza di una precisa scelta terminologica. Il Tribunale di Pisa, infatti, nella motivazione, parla di un danno che non è solo biologico e che chiama danno alla salute.

Il primo è un concetto che il giurista recepisce dalla medicina legale; il secondo riflette, invece, gli approfondimenti dedicati dalla scienza giuridica al principio contenuto nell'art. 32 Cost. Il danno alla salute, in quanto derivante dalla lesione del diritto alla salute, ha un diretto referente nella norma costituzionale che lo tutela come diritto fondamentale primario ed assoluto.

Mentre i primi commentatori della Costituzione ne davano una definizione "quale stato anatomico - fisiologico, corrispondente in atto e in potenza ad un essere naturalmente normale"¹⁸⁴, in seguito non vi è stato più dubbio sul fatto che la salute non potesse essere intesa in senso esclusivamente biologico ma che dovesse essere considerata

¹⁸² Trib. Pisa, 10 Marzo 1979, cit., 34. P. RESCIGNO, *La tutela della salute*, in *Tutela della salute e diritto privato*, p. XVIII, "Quando si prescinda dalla capacità lavorativa e dalla produttività, usati come indici di riferimento, e siano invece considerati i cittadini nella semplice qualità di componenti la comunità nazionale, si ha la sensazione che il giurista abbandoni un modo di ragionare e di valutare, che riduce l'uomo al rango di cosa....; ma il nuovo orientamento, a guardarlo con attenzione, può rivelare un'uguale attitudine ad avvilire l'uomo, stavolta non più perso nella trama del processo produttivo, ma livellato e annullato nella massa anonima dei consumatori".

¹⁸³ Trib. Pisa, 10 Marzo 1979, cit., 34.

¹⁸⁴ La definizione è di F. PERGOLESI, *Tutela costituzionale della salute*, in *Corr. amm.*, 1961, 292 ss. Sul punto anche B. POLETTI DI TEODORO, *Il diritto alla salute dalla Stato liberale alla riforma sanitaria*, in *Il diritto alla salute*, a cura di F.D. Busnelli e U. Breccia, Bologna, 1979.

come bene strumentale necessario alla protezione e allo sviluppo della personalità dell'individuo¹⁸⁵ cui fa riferimento l'art. 2 Cost.¹⁸⁶

Non tardò, infatti, ad affermarsi la convinzione che la protezione della persona non doveva limitarsi alla sua incolumità fisica, quasi si trattasse di un soggetto “*supposto immobile nell'isolamento della sua abitazione*”, ma doveva estendersi “*alla vita associata*”, ai “*luoghi delle varie aggregazioni nelle quali questa si articola, e finanche alla preservazione, in quei luoghi, delle condizioni indispensabili o propizie alla sua salute*”¹⁸⁷.

Ebbene, proprio il riferimento alla salute nel suo significato costituzionalmente orientato (artt. 32 e 2 Cost.) ha permesso di comprendere la diversa scelta operata dal Tribunale di Pisa quando optò, al fine del risarcimento del danno, per un criterio puramente equitativo (al posto del criterio fondato sul reddito medio nazionale) che consentisse di tenere conto non soltanto della lesione fisica in sé considerata ma anche di tutte le differenti conseguenze subite da ogni individuo in conseguenza della menomazione psico-fisica.

Le sentenze dei Tribunali di Genova e Pisa rappresentarono soltanto i primi segnali di un nuovo orientamento che si sarebbe sviluppato con fatica all'interno di un vivace dibattito, durato trent'anni, e che avrebbe coinvolto i temi della ammissibilità della figura del danno biologico, della sua natura giuridica e della sua valutazione.

Mentre, infatti, parte della giurisprudenza legittimò pienamente le nuove soluzioni proposte, alcune Corti, invece, si mantennero entro le più antiche linee interpretative¹⁸⁸. In tal ultimo senso si pronunciò la Corte d'Appello di Genova che, con sentenza del 17 luglio 1975, invitò a non introdurre nuove categorie di danno distinte dal danno patrimoniale e da

¹⁸⁵ A questo proposito occorre ricordare l'importante sentenza della Corte di Cassazione, sezioni unite, 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979, I, 2304 ss., con nota di A. LENER, che sviluppa il discorso sulla tutela giurisdizionale della salute come “*fondamentale diritto dell'individuo*” nei rapporti con l'agire della pubblica amministrazione. Nel riportare la definizione di salute come diritto fondamentale dell'uomo, la Corte ha affermato che la salute, oltre che essere oggetto di cura e di intervento da parte della collettività generale, è protetta in via primaria, incondizionata e assoluta come modo di essere della persona umana. Si è messo in evidenza come il collegamento tra l'art. 32 e l'art. 2 renda chiaro che la protezione della salute assista l'uomo non solo in quanto considerato in una sua astratta quanto improbabile separatezza, ma in quanto partecipe delle varie comunità- familiare, abitativa, di lavoro e di studio- nelle quali si svolge la sua personalità.

¹⁸⁶ F. D. BUSNELLI - U. BRECCIA (a cura di), *Premessa a Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, 4, approfondisce questo profilo P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.* 1982, 1020 ss.

¹⁸⁷ Cassazione, sezioni unite, 6 ottobre 1979, n. 5172, cit., 2304 ss

¹⁸⁸ V. Corte di appello di Genova, 17 Luglio 1975, in *Resp. civ. prev.*, 1975, 416 ss. con nota adesiva di M. POGLIANI, *La «regola del calzolaio» per la corretta valutazione del danno alla persona* e in *Giur. it.*, 1976, I, 2, 443 ss., con nota contraria di G. ALPA, *Danno «biologico» e diritto alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 Costituzione*; hanno affermato che il danno biologico non è che l'aspetto patrimoniale della danno alla vita di relazione Trib. Napoli, 10 Dicembre 1975, in *Resp. civ. prev.*, 1976, 126 con nota adesiva di BRETZEL; Tribunale di Venezia, 1° Dicembre 1978, in *Foro pad.*, 1978, I, 408; Cassazione, 10 luglio 1980, n. 4396, in *Giur. it. mass.*, 1980, 1099 ss.

quello non patrimoniale e a non legittimare contaminazioni ibride di concezioni di danno contrapposte ed eterogenee¹⁸⁹.

La raggiunta consapevolezza di dover separare, sul piano della tutela risarcitoria, il danno al patrimonio dal danno alla salute non sopì, tuttavia, i dubbi sulla compatibilità delle disposizioni del codice civile, in particolare degli artt. 2043 e 2059 c.c., con la Carta Costituzionale.

Non a caso gli anni settanta si conclusero con due importanti sentenze della Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla questione di costituzionalità dell'art. 2059 c.c. (Ordinanza del Tribunale di Padova¹⁹⁰ con riferimento agli articoli 3 e 24 Cost.) e dell'art. 2043 c.c. (Ordinanza del Tribunale di Camerino¹⁹¹ con riferimento agli artt. 3, 24 e 32 Costituzione).

Nel primo caso la Corte fu chiamata a decidere se l'art. 2059 violasse gli articoli 3 e 24, comma primo, Cost. nella parte in cui, in correlazione con quanto disposto dall'art. 185 c.p., limitava la risarcibilità dei danni non patrimoniali a quelli derivanti da fatti illeciti costituenti reato.

A sostegno del dubbio di costituzionalità l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Padova aveva rilevato che l'art. 2059 c.c. avrebbe impedito al danneggiato di proporre l'azione giudiziaria a difesa del diritto al risarcimento del danno non patrimoniale acquisito in conseguenza dell'illecito con conseguente violazione dell'art. 24 Cost.

L'ordinanza aveva inoltre ritenuto violato anche l'art. 3 Cost. considerando che la situazione di chi subisca danno non patrimoniale a seguito di reato non sarebbe stata diversa da quella in cui lo stesso pregiudizio derivi da illecito soltanto civile. Da qui la violazione del principio di uguaglianza derivante dall'ingiustificata disparità di trattamento di situazioni omogenee.

Con sentenza del 26 Luglio 1979, n. 87¹⁹², la Corte respinse la questione di legittimità¹⁹³ dell'art. 2059 c.c., sia in riferimento all'art. 24 sia in riferimento all'art. 3 Cost.

¹⁸⁹ La Corte d'Appello di Genova aveva criticato la categoria del danno extrapatrimoniale perché frutto dell'incontro di due concezioni contrapposte fra loro, la prima relativa al carattere non patrimoniale della lesione della salute (il riferimento è alla teoria di Scognamiglio, che qualificava il danno alla persona come danno extrapatrimoniale), l'altra riferita ad un parametro di carattere economico patrimoniale che riduceva la persona a semplice bene economico (il riferimento è alla teoria del Gerin, secondo la quale ogni uomo ha un valore economico).

¹⁹⁰ Ordinanza 22 Marzo 1973, in *Giur. merito*, 1974, I, 347, con nota contraria di A. DE CUPIS, *Sulla pretesa incostituzionalità della limitazione del risarcimento del danno non patrimoniale*.

¹⁹¹ Ordinanza 12 Novembre 1976, in *Resp. civ. prev.*, 1977, 615 ss.

¹⁹² Corte Cost. 26 Luglio 1979, n. 87, in *Foro it.*, 1979, I, 2543, con nota di F. GIARDINA e. SANTILLI; in *Resp. civ. prev.*, 1979, 698, con nota di G. PONZANELLI, *Danno non patrimoniale e danno alla salute: due sentenze della Corte costituzionale*; in *Giust. civ.*, 1980, I, 535, con nota di A. DE CUPIS, *Il diritto alla salute tra Cassazione e Corte Costituzionale*; in *Rass. dir. civ.*, 1981, 783 ss., con nota di M. DOGLIOTTI, *Danno non patrimoniale e diritto alla salute*.

¹⁹³ Nell'ordinanza del tribunale si addusse, fra le altre questioni, la violazione dell'art. 3 Cost. considerando che la situazione di chi subisce un danno non patrimoniale a seguito di un reato non sarebbe diversa da quella in cui lo stesso pregiudizio derivi da illecito soltanto civile; di conseguenza, ad avviso del

Quanto al primo quesito la Corte precisava che nel nostro ordinamento non sussiste un diritto incondizionato al risarcimento del danno non patrimoniale del quale l'art. 2059 c.c. consentirebbe il ristoro solo in presenza di un fatto costituente reato. Al contrario la norma condiziona il sorgere di tale diritto alla ricorrenza dei soli casi stabiliti dalla legge¹⁹⁴.

Non si ritenne violato neppure il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. poiché l'adozione di un trattamento differenziato tra fatti costituenti reato e meri fatti illeciti civili, *ove non vengano in considerazione situazioni soggettive costituzionalmente protette*, rientra nella discrezionalità del legislatore; né apparve incongrua la considerazione di quei particolari elementi che attribuiscono qualificazione criminosa alla condotta lesiva, anche al fine di rendere più intensa la sanzione civile estendendola al risarcimento del danno non patrimoniale¹⁹⁵.

Nel secondo caso, la Corte fu chiamata a decidere se l'art. 2043 c.c. violasse gli articoli 32, 24 e 3 Cost. Il Tribunale di Camerino, in un caso di reato di lesioni personali accertato con sentenza passata in giudicato, ritenne di non poter soddisfare la richiesta di risarcimento del danno biologico avanzata dagli attori in sede civile poiché un danno così configurato non sarebbe stato risarcibile alla stregua del diritto vigente né come danno patrimoniale (caratterizzato dalla economicità dell'interesse leso), né come danno morale (riguardante esclusivamente le condizioni d'animo del danneggiato).

Secondo il giudice a quo l'art. 2043 c.c. si poneva in contrasto con l'art. 32 Cost. perché avrebbe negato rilievo ad un diritto riconosciuto e garantito dalla Costituzione nell'ambito dei rapporti interprivati; con l'art. 24 Cost. in quanto avrebbe escluso dalla tutela giurisdizionale un diritto attribuito dalla norma senza limiti e condizioni; infine con l'art. 3 Cost. in quanto, considerando il diritto alla salute quale bene strumentale alla produzione di reddito, avrebbe tutelato un bene uguale per tutti in modo diverso a seconda delle condizioni economiche del danneggiato¹⁹⁶.

Tribunale di Padova, la limitazione della risarcibilità del danno non patrimoniale a quello derivante da reato concretizzava una ingiustificata disparità di trattamento di situazioni omogenee, risultando obliterata la posizione del danneggiato.

¹⁹⁴ Vedi sul punto le osservazioni di A. DE CUPIS, *Sulla pretesa incostituzionalità*, cit., 347 ss.

¹⁹⁵ Se è vero infatti che la funzione della responsabilità è riparatoria dovendosi avere riguardo al danno subito dal danneggiato senza avere riguardo al comportamento del danneggiante, è altresì vero che tale giudizio implica sempre, ricordando l'insegnamento di P. Trimarchi, *Illecito*, cit., 90 ss., la considerazione di interessi contrapposti, quello del danneggiato ma anche quello del danneggiante. Vedi sul punto le osservazioni di A. DE CUPIS, *La pretesa incostituzionalità*, cit., 347 ss. il quale osserva come "*il risarcimento costituisca un problema complesso di giustizia interindividuale, nel quale la considerazione del danno non è disgiunta dall'umano comportamento che produce lo stesso danno e dalla sua subiettiva qualificazione*".

¹⁹⁶ L'ordinanza del Tribunale di Camerino venne definita "*suicida*" da G. ALPA, *Danno biologico e diritto alla salute*, cit., 12. L'A. sosteneva che chi l'aveva elaborata non aveva l'intento di far cancellare l'art. 2043 c.c. dal sistema della responsabilità civile, quanto quello di correggere il sistema con l'avvallo della Corte Costituzionale, in modo da abbattere le tesi che negavano la rilevanza dell'art. 32 Cost. nei rapporti privati e da sottolineare l'esatta interpretazione dell'art. 2043 in linea con i principi e i valori espressi dalla Costituzione.

Orbene, con sentenza del 26 luglio 1979, n. 88, la Corte dichiarò, anche stavolta, l'infondatezza della questione di legittimità proposta.¹⁹⁷

Con riferimento alla dedotta violazione degli articoli 24 e 32 Cost., si affermava, infatti, che l'espressione danno non patrimoniale adottata dal legislatore è ampia e generale e tale, pertanto, da potersi riferire a qualsiasi pregiudizio che si contrapponga in via negativa a quello patrimoniale. Il che portava a ritenere che l'ambito di applicazione del combinato disposto 2059 c.c.-185 c.p. potesse estendersi fino a ricomprendere ogni danno non direttamente suscettibile di valutazione economica.

Tale decisione è di particolare importanza perché afferma che il bene afferente alla salute è tutelato dall'art. 32 Cost. non solo come interesse della collettività ma anche, e soprattutto, come diritto fondamentale, primario ed assoluto dell'individuo operante direttamente nei rapporti tra i privati. Esso dunque è da ricomprendere fra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione per cui non si può negare la sussistenza di un illecito ogni volta che tale diritto sia violato.

Ma la Corte affrontò anche l'ulteriore fondamentale profilo riguardante la liquidazione del danno affermando che *“l'indennizzabilità non potrà essere limitata alle sole conseguenze della violazione incidenti sull'attitudine a produrre reddito, ma dovrà comprendere gli effetti della lesione del diritto considerato come posizione soggettiva autonoma, indipendentemente da ogni altra circostanza e conseguenza”*. Si negò quindi legittimità ad un sistema fondato esclusivamente sul reddito poiché tutelerebbe solo una parte degli interessi lesi, quelli patrimoniali, ponendosi così in contrasto con i principi costituzionali¹⁹⁸.

Da ciò discende che, anche sotto il profilo della lesione del principio di uguaglianza, la questione di legittimità fosse del tutto infondata.

Le due sentenze della Consulta vennero considerate da una parte della dottrina contraddittorie là dove, da una parte, si affermava che il trattamento differenziato adottato dal legislatore rientrasse nella sua discrezionalità, ove non fossero venute in considerazione situazioni soggettive costituzionalmente tutelate e, dall'altra, si sosteneva che il diritto alla salute, tutelata come posizione soggettiva autonoma direttamente dalla Costituzione, ricevesse tutela dal combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p. (cioè solo qualora la lesione del diritto alla salute derivasse da una fattispecie di reato)¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Corte Cost., 26 Luglio 1979, n. 88, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 9, con nota di G. ALPA, *Danno «biologico» e diritto alla salute davanti alla Corte Costituzionale*; in *Rass. dir. civ.*, 1980, 187, con nota di A. FLAMINI; in *Riv. It. Med. Leg.*, 1980, II, 360 ss., con nota di M. CANALE.

¹⁹⁸ Sottolinea questo aspetto G. ALPA, *Danno biologico e diritto alla salute*, cit., 14.

¹⁹⁹ Vedi in questo senso G. PONZANELLI, *Danno non patrimoniale e danno alla salute*, cit., 702 s.; M. DOGLIOTTI, *Danno non patrimoniale e diritto alla salute*, cit., 794 ss. Sostiene la piena coerenza fra le due pronunce A. DE CUPIS, *Il diritto alla salute tra Cassazione e Corte Costituzionale*, cit., 535; ritiene che non vi sia collegamento fra esse G. ALPA, *Danno «biologico» e diritto alla salute avanti alla Corte Costituzionale*, cit., 9.

Sulla base di questa apparente contraddizione il Tribunale di Genova, con ordinanza dell' 8 ottobre 1979, propose una nuova questione di legittimità dell'art. 2059 c.c. per violazione artt. 32 e 3 Cost. sulla quale la Corte si sarebbe pronunciata solo nel 1986 con la famosa sentenza n. 184.

A pochi mesi dalle pronunce della Corte Costituzionale anche le Sezioni unite della Corte di Cassazione si sarebbero espresse nello stesso senso sancendo che *“la salute oltre e prima che essere oggetto di cura e di intervento da parte della collettività generale, è protetta in via primaria, incondizionata e assoluta come modo di essere della persona”*²⁰⁰. Si affermò che l'evidente collegamento tra gli artt. 32 e 2 Cost. rendeva chiaro come la protezione della salute assistesse l'uomo non solo in quanto considerato in una sua astratta quanto improbabile separatezza, ma in quanto partecipe delle varie comunità - familiare, abitativa, di lavoro e di studio ed altre - nelle quali si svolge la sua personalità.

Se gli anni settanta affermarono il principio secondo cui il danno biologico deve essere considerato risarcibile ancorché non incidente sulla capacità di produrre reddito, la giurisprudenza degli anni '80 sicuramente confermò tale assunto²⁰¹, ritenendo definitivamente superate le posizioni tradizionali per le quali il cosiddetto danno biologico non è risarcibile se non nella misura in cui incide sulla capacità di guadagno, nella misura cioè in cui si traduce in danno patrimoniale²⁰².

Tuttavia, risolti alcuni problemi, se ne confermavano alcuni e se ne profilavano degli altri di natura applicativa: ci si riferisce alla natura giuridica da attribuire al danno alla salute, ai criteri di valutazione, al rapporto tra le diverse voci di danno.

Si è trattato, in primo luogo, di risolvere il problema del rapporto tra danno non patrimoniale e danno alla salute. Questo, si diceva, è un problema tipicamente italiano, posto che l'art. 2059 c. c., per come è stato formulato, induce l'operatore del diritto a porsi il problema del rapporto tra il danno non patrimoniale ed il danno non patrimoniale alla persona. Sotto questo profilo i dati giurisprudenziali furono incerti e contraddittori. La Corte di Cassazione infatti accreditò, nel breve volgere di pochi mesi, due configurazioni opposte del danno alla salute nei suoi rapporti con il danno non

²⁰⁰ Cassazione, sezioni unite, 8 Ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979, I, 2304 ss., con nota di A. LENER.

²⁰¹ V. Cassazione, 6 Giugno 1981, n. 3675, in *Foro it.*, 1981, I, 2, c. 1884 ss.; in *Foro pad.*, 1981, 322 ss., con nota di M. BESSONE, *Valore precettivo dell'art. 32 Cost., tutela della salute e danno biologico*; in *Resp. civ. prev.* 1981, 694 ss., con nota di G. PONZANELLI, *La Corte di Cassazione e il danno alla salute*; in *Giust. civ.*, 1981, II, 1903 ss., con nota di G. ALPA, *Danno biologico e danno alla salute davanti alla Corte di Cassazione*; Cassazione, 6 Aprile 1983, n. 2396, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 537, con nota di F. MASTROPAOLO, *Tutela della salute, risarcimento del «danno biologico» e difesa dalle immissioni*, secondo la quale ormai *“la comune sensibilità impone di considerare nella loro autonoma rilevanza le menomazioni dell'integrità psicofisica della persona, giacché esse incidono diretta, mente su quello che è il “valore uomo” nella sua concreta dimensione”*; Cassazione, 14 Aprile 1984, n. 2422, in *Resp. civ. prev.*, 1984, 333, con nota di G. PONZANELLI, *Il cammino del danno alla salute*, nella quale si conferma ulteriormente l'orientamento secondo il quale la salute costituisce una posizione soggettiva autonoma.

²⁰² Posizione, questa, sostenuta da Corte di appello di Genova, 17 Luglio 1975, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, 442 ss.

patrimoniale. Se da una parte le sezioni unite²⁰³ ne propugnarono un'interpretazione estensiva, dall'altra la seconda sezione della stessa Corte statuí che l'espressione danno non patrimoniale doveva essere ristretta alla “nozione classica della ripercussione negativa entro la psiche del soggetto del torto subito: dunque dolore sofferenza, tristezza”²⁰⁴.

La medesima incertezza la si ritrova con riferimento all'individuazione dei criteri di valutazione del danno alla salute. Mentre alcune Corti fecero riferimento al reddito medio nazionale²⁰⁵, altre adottarono il criterio delineato dall'art. 4 della l. n. 39/1977²⁰⁶, altre ancora scelsero il criterio della liquidazione equitativa²⁰⁷, salvo fare ricorso al criterio della valutazione per punti di invalidità.

Un'ulteriore questione riguardò, infine, la natura giuridica del danno alla salute: ci si chiese se fosse un danno patrimoniale, un danno non patrimoniale o un *tertium genus* di danno?

Anche su questo terreno si riscontrò quella che è stata definita l'“*anarchia del dopo principio*”²⁰⁸. Se, infatti, l'opinione dominante concordava sul riconoscimento del diritto alla salute quale posizione soggettiva autonoma costituzionalmente garantita, si registrava una situazione di instabilità sul piano della configurazione giuridica attraverso cui assicurare un'effettiva tutela di tale diritto.

Ciò aveva determinato i Tribunali di Genova e Salerno²⁰⁹, a pochi anni di distanza l'uno dall'altro, a sollevare nuovamente la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c. c.: il primo, per violazione degli articoli 3 e 32 Cost., nella parte in cui si prevede che il danno biologico (inteso come danno non patrimoniale derivante dalla lesione del diritto, costituzionalmente garantito, alla tutela della salute) sia risarcibile soltanto in conseguenza di un reato; il secondo, invece, per violazione degli artt. 2, 24, primo comma e 32 Cost., primo comma, nella parte non garantisce il diritto inviolabile alla salute precludendo, per il caso in cui la lesione derivi da illecito civile, la possibilità di agire in giudizio per la tutela del proprio diritto.

²⁰³ Cassazione, sezioni unite, 6 Dicembre 1982, n. 6651, in *Foro it.*, 1983, I, 1630 ss.

²⁰⁴ Cassazione, 6 Aprile 1983, n. 2396, cit., 563.

²⁰⁵ Trib. Genova, 25 Maggio 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 54 ss

²⁰⁶ V. Trib. Genova, 25 gennaio 1978, in *Riv. infort. e mal. prof.*, 1982, I, 22 ss.

²⁰⁷ Trib. Pisa, 10 Marzo 1979, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, 20 ss.; Tribunale di Lucca, 6 Aprile 1984, in *Resp. civ. prev.*, 1984, 336 ss.; Trib. Pisa, 19 Maggio 1982, in *Riv. giur. circol. trasp.* 1983, 530 ss., il quale chiarisce che “*ferma l'esigenza di mantenere una doverosa parità di trattamento attraverso un parametro uguale per tutto in quanto il valore alla salute non può che essere identico per tutti, il danno alla salute richiede un apprezzamento diversificato dei vari casi concreti in relazione alla incidenza della lesione sull'attività in cui il danneggiato*”.

²⁰⁸ F.D. BUSNELLI *Danno biologico*, cit., 75 ss.

²⁰⁹ Trib. Genova, 8 ottobre 1979, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, 2 ss.; Trib. Salerno, 4 dicembre 1981, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 604 ss.

E fu così che la Corte Costituzionale decise, con sentenza del 14 luglio 1986²¹⁰ n. 184, di “salvare” ancora una volta la norma attraverso una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 2043 c.c.

La Corte rilesse il sistema della responsabilità civile alla luce delle direttive costituzionali e statuì che l’ingiustizia del danno biologico, e la conseguente sua risarcibilità, discendevano direttamente dal collegamento tra gli articoli 32 Cost. e 2043 c.c.²¹¹. Si precisò, infatti, che “*L’attenzione al solo art. 2043 c.c., anche in una lettura aggiornata, secondo nuove nozioni di danno economico e di patrimonio, non sembra sufficiente a rendere piena efficacia all’art. 32 Costituzione e ai nuovi valori prospettati dalla Costituzione*”²¹².

Da ciò emerse una figura di danno ingiusto suscettibile di essere apprezzata non solo sotto il profilo patrimoniale ma anche sotto quello personale.

Se per un verso la pronuncia mostrò di adeguarsi al *diritto vivente* che individuava nell’art. 2043 c.c. il fondamento normativo del danno biologico, per altro verso, invece, sottolineò la necessità di estendere i confini di tale norma oltre gli aspetti prettamente patrimoniali privilegiati dal legislatore della codificazione per ricomprendere il risarcimento di tutti i danni, che almeno potenzialmente, ostacolavano le attività realizzatrici della persona umana.

Secondo la Corte, infatti, “*l’art. 2043 c.c., correlato all’art. 32 della Costituzione, va necessariamente esteso fino a comprendere il risarcimento, non solo dei danni in senso stretto patrimoniali ma...tutti i danni che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana*”²¹³.

Tale risultato la Corte lo ottenne considerando l’art. 2043 c.c. come una norma in bianco il cui precetto sarebbe stato rinvenuto in altre norme dell’ordinamento.

²¹⁰ Corte Cost., 14 Luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, 2053, con nota di G. PONZANELLI, *La Corte Costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*; in *Giur. it.*, 1986, I, 2, c. 2976 ss., con nota di P.G. MONATERI, *La Costituzione e il diritto privato: il caso dell’art. 32 Cost. e del danno biologico* («*Staatsrecht verghe, Privatrecht besteht*»); in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 8 ss., con il commento di C. CASTRONOVO, «*Danno biologico senza miti*»; in *Nuove leggi civ.*, 1986, 601, con nota A. Giusti, *Danno non patrimoniale e danno alla salute di fronte alla Corte Costituzionale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 534, con nota di G. ALPA; in *Resp. civ. prev.*, 1986, 577, con nota di G. BONILINI; in *Dir. inf.*, 1987, 443, con nota di F.D. BUSNELLI; in *Ass.*, 1986, II, 157 ss., con nota di G. TRICOLI, *Il danno alla salute e l’art. 2059 c.c.*; in *Resp. civ. prev.*, 1986, 520, con nota di G. SCALFI, *Reminiscenze dogmatiche per il c.d. danno alla salute: un ripensamento della Corte Costituzionale*; in *Giur. it.*, 1987, I, 392 ss., con nota di A. PULVIRENTI, *Il danno all’integrità psicofisica (cosiddetto danno biologico) nella più recente sentenza della Corte Costituzionale*; in *Foro pad.*, 1987, 23 ss., con nota di A. PULVIRENTI, *Considerazioni sulla natura del danno all’integrità psicofisica della persona umana dopo la sentenza 30 Giugno 1986, n. 184 della Corte Costituzionale*.

²¹¹ “*L’attenzione al solo art. 2043 c.c., anche in una lettura aggiornata, secondo nuove nozioni di danno economico e di patrimonio, non sembra sufficiente a rendere piena efficacia all’art. 32 Costituzione e ai nuovi valori prospettati dalla Costituzione. Il combinato disposto degli artt. 32 Cost. e 2043 c.c. importa una rilettura costituzionale di tutto il sistema codicistico dell’illecito civile*”.

²¹² Corte Cost., 14 Luglio 1986, n. 184, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 544.

²¹³ Corte Cost., 14 Luglio 1986, n. 184, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 545.

La rilettura che la Corte dette del sistema della responsabilità civile consentì di ritenere infondata la questione di legittimità proposta dai Tribunali di Genova e Salerno.

L'aver stabilito che la tutela delle situazioni costituzionalmente garantite fosse affidata all'art. 2043 permise di assicurare adeguata tutela al danno biologico sottraendolo dalle strette maglie dell'art. 2059 c.c., salvando contemporaneamente quest'ultimo dalla censura di incostituzionalità.

Ed infatti la Corte chiarì, sulla scorta dei precedenti legislativi e dei lavori preparatori del c.c., che l'espressione *danno non patrimoniale* era limitata al solo danno morale subiettivo, (identificato con l'ingiusto perturbamento dell'animo, delle sofferenze psichiche o fisiche effimere e non durature).

Ciò premesso, la Corte affrontò anche la questione inerente alla violazione, da parte dell'art. 2059, del principio di uguaglianza nella parte in cui ammette il risarcimento del danno morale solo per le vittime di un reato, con esclusione delle altre. La Corte, richiamandosi alla sua precedente pronuncia n. 87/1979, negò che l'art. 3 Cost. fosse stato violato, giacché "*rientra nella discrezionalità del legislatore adottare trattamenti differenti in relazione alle differenti situazioni, per presupposti e gravità, del fatto costituente reato e del fatto dannoso integrante illecito civile, ove non vengano in considerazione situazioni soggettive costituzionalmente garantite*"²¹⁴

E così, a fronte di una giurisprudenza restia a dichiarare l'incostituzionalità della norma ma decisa nell'offrire tutela agli interessi di rango costituzionale, i danni non patrimoniali (moralì) furono ricondotti nelle limitazioni previste dall'art. 2059 c.c., mentre il pregiudizio di carattere biologico, configurato come danno evento²¹⁵ corrispondente alla lesione alla salute in sé considerata, trovò spazio nell'art. 2043 c.c.

Ben presto però, sia in dottrina che in giurisprudenza ci si accorse che il danno biologico non poteva riferirsi solo alla lesione alla salute ma doveva ricomprendere anche le compromissioni peggiorative che l'illecito determinava nella sfera relazionale della vittima²¹⁶.

²¹⁴ Corte cost. 26 Luglio 1979, n. 87, in *Resp. civ. prev.*, 1979, cit., 702.

²¹⁵ F.D. BUSNELLI, *Figure controverse di danno alla persona nella recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 1990, 469 ss. Rileva che la configurazione del danno biologico quale danno-evento (danno = lesione dell'interesse protetto), dilaterrebbe oltre modo le frontiere della responsabilità civile, in quanto per questa via si offrirebbe un protezione necessaria e costante a tutti gli interessi dichiarati fondamentali dalla Costituzione, solo perché sono stati lesi.

²¹⁶ Vedi per tale svolta a questo proposito Corte Cost., 27 Ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.*, I, 3297, con nota di G. PONZANELLI, *La Corte Costituzionale e il danno da morte*; in *Giust. civ.* 1994, I, 3029, con nota di F. D. BUSNELLI, *Tre punti esclamativi, tre punti interrogativi, e un punto e a capo*; in *Giur. it.*, 1995, II, 406 ss., con nota di A. JANNARELLI, *Il «sistema» della responsabilità civile proposto dalla Corte Costituzionale e i «problemi» che ne derivano*; in *Vita not.*, 1995, 2, 613 ss, con nota di L. BREGANTE, *Danno biologico da morte iure ereditario*; in *Resp. civ. prev.*, 1994, 976, con nota di G. SCALFI, *L'uomo, la morte e la famiglia*; e con nota di G. GIANNINI, *La vittoria di Pirrone*; in *Ass.*, 1995, II, 49 ss, con nota di G. GUSSONI, *Il danno biologico da morte che non c'è e quello che, se c'è, va provato: riflessione sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 372/1994*; in *Corr. giur.*, 1994, 12, 1455, con nota di G. GIANNINI, *È risarcibile iure proprio il danno biologico a causa di morte?*

Così iniziò quel processo di abbandono della tesi del danno-evento che portò alla riqualificazione del danno biologico quale danno-conseguenza e che è culminato, a seguito dell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze del 10 novembre 1993²¹⁷, nella sentenza della Corte Costituzionale n. 372/1994 secondo la quale “è sempre necessaria la prova 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”²¹⁸.

4. La figura del danno esistenziale

La creazione della figura del danno biologico ha costituito una prima risposta, da parte della giurisprudenza degli anni settanta, alla crisi del sistema risarcitorio tradizionale. L'aumento degli incidenti automobilistici e degli incidenti sul lavoro, conseguenza dello sviluppo economico e tecnologico, il peso sempre più grave acquistato dalla normativa costituzionale all'interno della società civile, hanno acuito il problema della tutela della integrità fisica della persona.

La salvaguardia della persona risultava, infatti, frustrata sia da una lettura in chiave patrimonialistica del pregiudizio, sia dalla limitazione normativa (principio di tipicità) del risarcimento del danno non patrimoniale prevista dall'art. 2059 c.c. A ciò si aggiunga che la portata applicativa dell'espressione *danno non patrimoniale* veniva ristretta al c. d. danno morale puro, cioè al transeunte turbamento dell'animo.

Il cambiamento operato con l'introduzione della nuova voce di danno, tuttavia, non ha limitato il proprio impatto all'illecito che colpisce l'integrità psicofisica, ma, con il passare del tempo, ha esteso i suoi effetti a tutto campo. Ciò ha provocato la proliferazione di soluzioni giurisprudenziali volte ad ampliare i margini di protezione della persona sotto il profilo aquiliano attraverso la reinterpretazione del sistema bipolare descritto dagli articoli 2043 e 2059 c.c.

In seno ai vari percorsi intrapresi dalle Corti, la questione che ha tenuto banco ineriva soprattutto all'identità da attribuire alle voci di danno chiamate ad allargare l'ambito della tutela della persona. Da una parte le nuove poste risarcitorie sono state ricondotte all'interno di una terza categoria di danno, un *tertium genus* in grado di emanciparsi dal

²¹⁷ Ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze, 10 Novembre 1993, in *Resp. civ. e prev.* 1994, 122 con nota di G. GIANNINI; in *Ass.*, 1994, II, 68 ss., con nota di G. GUSSONI, *Diritto, retorica e danno biologico da morte: eccessi del ragionamento problematico e confusioni concettuali*; SPOSATO), in *Foro it.*, 1994, I, 1954 ss., in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 81 ss., con nota di G. COMANDÈ, *Verso un nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di danno alla salute*; in *Gius.*, 1994, 5, 111 ss. (nota di: MAGRI), secondo la quale “Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli art. 2, 3 e 32 cost., dell'art. 2043 c.c. e in subordine dell'art. 2059 c.c., nella parte in cui non consentono il risarcimento del danno per violazione del diritto alla vita”.

²¹⁸ Secondo Corte Cost., 27 Ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.*, I, 3297 ss., “Il danno biologico, al pari di ogni altro danno ingiusto, è risarcibile soltanto come pregiudizio effettivamente conseguente a una lesione”.

binomio tradizionale danno patrimoniale - danno non patrimoniale; dall'altra è stato invece esteso e rivisitato lo schema della patrimonialità; un'ulteriore soluzione, infine, ha cercato di introdurre un concetto di danno non patrimoniale più esteso rispetto a quello di danno morale.

Tutti i modelli proposti, tuttavia, hanno trovato notevoli ostacoli di ordine teorico e applicativo che ne hanno impedito la definitiva affermazione.

Peraltro la coesistenza e l'applicazione di schemi risarcitori differenti, all'interno delle aule dei tribunali, ha finito per disattendere quelle esigenze di uniformità, certezza del diritto ed equità nella soluzione delle cause, che erano state alla base delle prime sentenze sul danno biologico facenti capo alla Scuola genovese e alla Scuola pisana.

Si è ritenuta indispensabile, di conseguenza, la razionalizzazione del sistema aquiliano. Proprio da tale necessità ha preso vita, nell'ambito della dottrina, l'elaborazione della figura del danno esistenziale che ha costituito la naturale evoluzione di quel processo iniziato con l'inserimento nel sistema risarcitorio tradizionale del danno biologico.

La figura del danno esistenziale²¹⁹ è nata²²⁰ appunto dal dichiarato intento di ampliare la tutela risarcitoria dei pregiudizi di natura non patrimoniale incidenti sulla

²¹⁹ La bibliografia è vasta. Vedi AA. VV., *Il danno esistenziale*, a cura di Cendon e Ziviz, in *Il diritto privato oggi*, Milano, 2000; F. BILOTTA, *L'applicazione della categoria del danno esistenziale nelle pronunce del 2005*, in *Giur. merito*, 2006, 5, 1084 ss.; ID., *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, in *Giur. it.*, 2001, 6, 1159 ss.; ID., *Attraverso il danno esistenziale, oltre il danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 6; ID., *I pregiudizi esistenziali: il cuore del danno non patrimoniale dopo le S.U. del 2008*, in *Resp. civ.*, 2009, 1, 45 ss.; M. BONA, *Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte Costituzionale apre (verso il nuovo art. 2059 c.c.)*, in *Danno e Resp.*, 2003, 10, 941 ss.; M. BONA – P.G. MONATERI, *Il nuovo danno non patrimoniale*, nella collana *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, Milano, 2004; F.D. BUSNELLI, *Le sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 1, 97. ss.; L. CAJAZZO, *Danno esistenziale: le soluzioni indicate dalla Corte di Cassazione non sopiscono i contrasti*, in *Corr. merito*, 2005, 520 ss.; P. CARBONE, *Ulteriori riflessioni sul danno esistenziale*, in *Danno e Resp.*, 2008, 2, 210; V. CARBONE, *Risarcibilità del danno esistenziale*, in *Danno e Resp.*, 2008, 12, 1642 ss.; C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e Resp.*, 2009, 1, 5 ss.; P. CENDON - P. ZIVIZ, *Il danno esistenziale. La nuova voce della responsabilità civile*, Milano, 2000; P. CENDON (a cura di), *Il risarcimento del danno esistenziale*, in *Trattato breve dei nuovi danni*, Padova, 2001; ID., *Esistere o non esistere*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 6 ss.; ID., *L'urlo e la furia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 70 ss.; ID., *L'araba fenice: più vivo che mai il danno esistenziale presso i giudici italiani*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2010, 1, 1 ss.; ID., *Danno esistenziale e ossessioni negazioniste*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2, 284ss.; ID., *Caso Barilla: perché sì al danno esistenziale, secondo la Cassazione penale*, in *Giur. it.*, 2004, II, 1035 ss.; G. CASSANO, *La prima giurisprudenza del danno esistenziale*, Piacenza, 2002, 415; D. CHINDEMI, *Danno esistenziale quale autonoma voce di danno distinta dal danno biologico e dal danno morale*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 6, 1281ss.; ID., *Aspettando Godot (in attesa delle Sezioni Unite sul danno esistenziale)*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 5, ; G. CHRISTANDL, *Il danno esistenziale e la funzione nomofilattica della Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 4; C. CIMAGLIA, *Così fu sdoganato il danno esistenziale. Definito il proprium della figura, prova a carico della vittima*, in *Dir. giust.*, 2006, 17, 10 ss.; G. CRICENTI, *Una diversa lettura dell'art. 2059 c.c.*; R. DE MATTEIS, *I danni alla persona dopo le S.U. del 2008*, in *Resp. civ.*, 2009, 7, 651 ss.; A. DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale l'esito?*, in *Corr. giur.*, 2009, 3, 410 ss.; M. DI MARZIO, *Danno esistenziale, ancora contrasti nonostante il conforto costituzionale*, in *Dir. giust.*, 2005, 46, 16 ss.; ID., *Il danno esistenziale?, ormai sdoganato*, in *Dir. giust.*, 2006, 28, 14ss.; ID., *Ecco il decalogo del danno esistenziale. Il vademecum è firmato Sezioni Unite*, in *Dir. giust.*, 2006, 23, 49ss.; ID., *Il danno esistenziale e le sentenze gemelle*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 629 ss.; ID., *"Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 117 ss.; P. DONADONI, *Danno esistenziale temporaneo: qualche punto interrogativo su alcune recenti decisioni*, in

Resp. civ. prev., 2007, 6; G. FACCI, *Il definitivo riconoscimento del danno esistenziale*, in *Dir. form.*, 2002, 501 ss.; ID., *Verso un decalogo delle Sezioni Unite sul danno esistenziale?*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 7-8; ID., *Il danno non patrimoniale dopo le sentenze del 11.11.2008*, in *Resp. civ.*, 2009, 1, 52 ss.; M. FEOLA, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il nuovo danno non patrimoniale*, in *Danno e Resp.*, 2007, 8-9, 841 ss.; F. R. FANTETTI, *Diritto di autodeterminazione e danno esistenziale alla luce della recente pronuncia delle sezioni unite della cassazione*, in *Resp. civ.*, 2009, 1, 75 ss.; M. FRANZONI, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 2009, 1 ss.; ID., *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009, 1, 5 ss.; ID., *Prove di assetto per il danno non patrimoniale: alcune suggestioni*, in *Danno e Resp.*, 2008, 5, 626 ss.; ID., *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, in *Corr. giur.*, 2003, 1031 ss.; ID., *Il nuovo corso del danno non patrimoniale*, in *Il Diritto Privato nella Società Moderna*, Seminario in onore di Stefano Rodotà, a cura di Guido Alpa e Vincenzo Roppo, Napoli, 2005; ID., *Il danno morale e il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Resp. civ.*, 2009, 7, 581 ss.; F. GAZZONI, *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, in www.judicium.it; P. G. MONATERI, *Il danno esistenziale arriva in Cassazione*, in *Danno e Resp.* 2000, 8-9, 836 ss.; ID., *«Alle soglie» di una nuova categoria risarcitoria: il danno esistenziale*, in *Danno e Resp.* 1999, 1, 5 ss.; ID., *«Alle soglie»: la prima vittoria in Cassazione del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, 835 ss.; ID., *Sezioni Unite: le nuove regole in tema di danno esistenziale e il futuro della responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2006, 6, 791 ss.; E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1, 63 ss.; EAD., *Danni non patrimoniali: il compimento della Drittwirkung e il declino delle antinomie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 81 ss.; A. NEGRO, *Il danno esistenziale in caso di morte o grave lesione permanente del congiunto*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 6, 1392 ss.; M. PARADISO, *“Danno esistenziale” e “danni non patrimoniali” tra ingiustizia del danno e abrogazione di fatto dell’art. 2059 c.c.*, in *Danno e Resp.*, 2008, 8-9, 943ss.; S. PATTI, *Le sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *Corr. giur.*, 2009, 3, 415ss.; G. PONZANELLI, *Limiti del danno esistenziale: postfazione al convegno triestino*, in *Danno e resp.* 1999, 3, 360 ss.; ID., *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, 7, 693; ID., *Critica al danno esistenziale*, Padova, 2003; ID., *La Corte Costituzionale si allinea con la Corte di Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2003, 10, 962 ss.; ID., *Il rischio di duplicazioni risarcitorie: non cumulo tra danno esistenziale e danno biologico*, in *Corr. merito*, 2008, 4, 435ss.; ID., *La prevista esclusione del danno esistenziale e il principio di integrale riparazione del danno: verso un nuovo sistema di riparazione del danno alla persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 90 ss.; ID., *La lettura costituzionale dell’art. 2059 c.c. esclude il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2007, 3, 316 ss.; ID., *Il danno esistenziale e la Corte di Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2006, 8-9, 849 ss.; ID., *La responsabilità civile e la perdita di scientificità: dai system builders al danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 11 ss.; ID., *Il danno non patrimoniale tra lettura costituzionale e tentazioni esistenziali: la parola alle sezioni unite*, in *Danno e resp.*, 2008, 5, 558 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un “De Profundis” per il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2009, 1, 32 ss.; ID., *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 233/2003*, in *Danno e resp.*, 2003, 10, 964 ss.; M. ROSSETTI, *La maledizione del danno esistenziale: inutile e pericoloso, fa ancora vittime*, in *Dir. giust.*, 2005, 13, 18 ss.; ID., *Danno esistenziale: fine di un incubo. Quella gramigna infestava i tribunali*, in *Dir. giust.*, 2005, 40, 43 ss.; ID., *Danno esistenziale, una questione lontana dall’essere risolta*, in *Resp. civ. e prev.* 2006, 9; ID., *Danno esistenziale: un concetto inutile*, in *Dir. giust.*, 2004, 46; ID., *Danno morale e danno esistenziale: «Stat Roma pristina nomine, nomina nuda tenemus»*, in *Giust. civ.*, 2008, 11, 2455 ss.; ID., *Post nubila phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza delle sezioni unite n. 26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale*, in *Giust. civ.*, 2009, 4-5, 930 ss.; R. ROSSI, *Una voce dissonante sul danno esistenziale*, in *Giust. civ.*, 2007, 2, 373 ss.; A. SALVATI, *Danno esistenziale: istruzioni per l’uso. L’indennizzo? Dall’equità all’equazione*, in *Dir. giust.*, 2005, 38, 44 ss.; A. SCALISI, *Il danno esistenziale e la «svolta» della suprema Corte di Cassazione avallata «quasi in simultanea» dalla Corte Costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 58 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2ss.; M. SELLA, *Danno esistenziale: i delicati equilibri in tema di onere della prova*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 12, 2626 ss.; C. SGANGA, *Le Sezioni Unite e l’art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*, in *Danno e resp.*, 2009, 1, 50 ss.; L. STELLA, *“L’equazione Liberati” sul risarcimento del danno esistenziale*, in *Giur. merito*, 2006, 3, 582 ss.; G. TRAVAGLINO, *Il danno esistenziale tra metafisica e diritto*, in *Danno e resp.*, 2008, 4, 524 ss.; ID., *Le nuove categorie del danno non patrimoniale*, in *Corr. merito*, 2006, 10; O. TROIANO, *L’irresistibile ascesa del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2003, 10, 970 ss.; G. VETTORI, *Il danno non patrimoniale fra illecito e contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 2; 235 ss.; ID., *Il risarcimento del danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, in *Obbl. contr.*,

persona, svincolandola dai limiti dell'art. 2059 c.c. e, seguendo la via già percorsa per il danno biologico, di operare nell'ambito dell'art. 2043 c.c. inteso questo come norma regolatrice del risarcimento non solo del danno patrimoniale ma anche di quello non patrimoniale riguardante la persona²²¹.

Si è affermato che nel caso in cui il fatto illecito limiti le attività realizzatrici della persona, obbligandola ad adottare, nella vita di tutti i giorni, comportamenti diversi da quelli passati, ebbene, in questo caso viene cagionato un danno esistenziale, un nuovo tipo di danno, diverso sia dal danno morale soggettivo, sia dal danno biologico.

Il pregiudizio è individuato nella alterazione della vita di relazione, nella perdita della qualità della vita, nella compromissione delle attività realizzatrici della persona²²².

2009, 2, 103 ss.; L. VIOLA, *Danno esistenziale e delitto di truffa*, in *Dir. giust.*, 2003, 38, 86 ss.; F. ZAMBONIN, *Danno esistenziale da vacanza rovinata*, in *Il Giudice di pace* 2009, 4, 328 ss.; P. ZAPPIA, *Mobbing, danno biologico e danno esistenziale: il problema della quantificazione e liquidazione*, in *Giur. merito*, 2005, 12, 2594 ss.; ID., *La liquidazione del danno esistenziale: il criterio equitativo puro e il suo possibile superamento*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 12, 2439 ss.; P. ZIVIZ, *Equivoci da sfatare sul danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 4-5, 817 ss.; EAD., *Danno biologico e danno esistenziale: parallelismi e sovrapposizioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 2, 417ss.; EAD., *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *Contr. impr.*, 2004, 2; 845 ss. EAD., *La fine dei dubbi in materia di danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 9, 235 ss.; EAD., *Le relazioni pericolose: i rapporti tra danno biologico e danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.* 2007, 4, 790 ss.; EAD., *Danno esistenziale, solo il tuo nome è mio nemico*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1, 83 ss.; EAD., *Danno non patrimoniale: mossa obbligata per le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 5; EAD., *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1, 94 ss.; D. ZORZIT, *Il "climax" ascendente (o discendente?) del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2008, V, 509 ss.

²²⁰ Il primo convegno sul danno esistenziale si tenne il 13-14 novembre 1999 a Trieste. Il danno esistenziale è stato riconosciuto per la prima volta, per quanto riguarda la giurisprudenza di merito, dalla Pretura de L'Aquila, 10 Maggio 1991, in *Foro it.*, 1993, I, 317 ss. e dal tribunale di Torino, 8 agosto 1995, in *Resp. civ. prev.*, 1996, 282 ss., con nota di P. ZIVIZ; per quanto riguarda, invece, le decisioni di legittimità, dalla Cassazione del 7 giugno 2000, n. 7713, in *Danno e resp.* 2000, 835 ss., con nota di P. G. MONATERI, «Alle soglie» la prima vittoria in Cassazione del danno esistenza, e G. PONZANELLI, *Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*; in *Corr. giur.*, 2000, 873 ss., con nota di DE MARZO, *La Cassazione e il danno esistenziale*; in *Giur. it.*, 2000, 1352 ss., con nota di PIZZETTI, *Il danno esistenziale approda in Cassazione*.

Sei erano le caratteristiche che P. Cendon, ne *Il danno esistenziale*, cit., p. 10 s., enucleava per descrivere la nuova categoria: innanzitutto, il danno esistenziale aveva una identità non confondibile con i moduli del danno patrimoniale; secondo poi, una fisionomia distinta da quella del danno morale, non tanto malinconie quanto una sequenza di dinamismi alterati; una tendenziale estensione a 360° delle possibili fonti dannose; un'attenzione verso qualsiasi modalità realizzatrice della persona umana; risarcibilità ai sensi dell'art. 2043 c.c., anche al di fuori dei casi di reato; possibilità di cumulare la voce del danno esistenziale con il danno morale ed il danno patrimoniale.

La genesi del danno esistenziale è strettamente collegata alla crisi del sistema risarcitorio tradizionale, che ha cominciato a manifestarsi con l'elaborazione del danno biologico, P. ZIVIZ, *Danno -X) Danno esistenziale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988 (Agg. 2002), 1.

²²¹ Cassazione, sezioni unite, 11 novembre 2008, n. 26972, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1, 38 ss.

²²² È importante precisare che l'iniziale riferimento ad una generica compromissione dello svolgimento della personalità della vittima apparve insufficiente. Cosicché, al fine di pervenire ad una puntuale identificazione del tipo di riflessi pregiudizievole convogliati all'interno di questa voce, si riprese l'importante affermazione fatta dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 184/1986, secondo la quale la correlazione delle norme codicistiche con i valori personali garantiti dalla Costituzione impone di ricondurre nell'alveo dell'art. 2043 "non solo i danni in senso stretto patrimoniali, ma anche (di) tutti i danni che, almeno potenzialmente, ostacolano le attività realizzatrici della persona umana".

Non si tratterebbe dunque di un patimento dell'animo, interno al soggetto e transeunte, né di una lesione dell'integrità psicofisica.

Una parte delle caratteristiche della nuova figura sono state ricavate volgendo in chiave positiva le lacune che erano emerse nell'utilizzo delle voci di danno già collaudate. È stata dunque l'esigenza di colmare un vuoto di tutela a determinare il carattere trasversale del danno esistenziale. Esso, infatti, non collegato alla lesione di un unico tipo di interesse, è stato in grado di ricomprendere la complessità di posizioni nelle quali il singolo doveva essere garantito al fine di poter svolgere liberamente la propria personalità. Il pregiudizio esistenziale nasce pertanto come voce di danno attivabile a fronte di qualsiasi tipo di torto suscettibile di incidere negativamente nella sfera di esplicazione personale della vittima.

Al fine di semplificare l'opera di ricognizione del giudice, il campo della sfera di realizzazione individuale è stato suddiviso da autorevole dottrina nei seguenti settori: a) attività biologico sussistenziali; b) relazioni affettivo-familiari; c) rapporti sociali; d) attività di carattere culturale e religioso; e) svaghi e divertimenti²²³. In relazione ad ogni settore, il danno esistenziale è stato preso in considerazione in una duplice veste: come compromissione delle attività che la vittima svolgeva e non potrà più effettuare e come costrizione ad occupazioni che il danneggiato dovrà affrontare suo malgrado e che lo limitano sul piano dell'espressione della sua personalità, sia perché spiacevoli in sé, sia perché riduttive dei margini di tempo a propria disposizione.

La definizione in positivo del suo contenuto, attraverso il riferimento ai vari campi in cui la persona può realizzare la propria personalità, ha permesso di delineare i profili di distinzione del danno esistenziale rispetto alle altre figure di danno.

Così la giurisprudenza ha evidenziato che il danno morale consiste essenzialmente in un sentire, mentre il danno esistenziale è piuttosto un non poter più fare, un dovere agire altrimenti; quanto al rapporto con il danno biologico, invece, la distinzione si fonda sull'interesse che risulta colpito in capo alla vittima: da un lato c'è l'evento corrispondente alla lesione fisica o psichica, suscettibile di accertamento medico-legale e risarcibile a prescindere dalla capacità reddituale del danneggiato, dall'altro lato c'è l'evento corrispondente alla lesione di un interesse diverso dalla salute (ad esempio diritti di natura familiare, ambiente).

Il percorso interpretativo (la soluzione interpretativa), provato e approvato dalle Corti, che ha sottratto il danno biologico alla regola limitativa dell'art. 2059 c.c., è stato riproposto anche per giustificare la piena risarcibilità del danno esistenziale. Già la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 184/1986 osservava che la correlazione delle norme codicistiche con i valori personali garantiti dalla Carta Fondamentale impone di ricondurre nell'ambito applicativo dell'art. 2043 c.c. non solo i danni patrimoniali in senso stretto

²²³ P. ZIVIZ, *L'evoluzione del sistema di risarcimento del danno: modelli interpretativi a confronto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 61 ss.

“*ma tutti quei danni che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana*” Numerose sono state le sentenze che, alla ricerca di un fondamento normativo per la nuova voce di danno, lo hanno rinvenuto nell’art. 2 Costituzione quale presidio del “*diritto alla qualità della vita*”, ovvero “*alla libera estrinsecazione della libera personalità*”²²⁴.

Nell’individuazione delle regole operative volte a disciplinare il danno esistenziale, un ruolo importante ha rivestito il profilo probatorio. Evidentemente il regime della prova è influenzato dal tipo di impostazione accolta con riguardo alla qualificazione del danno in esame.

Privilegiare la prospettiva del danno-evento, significa ritenere possibile la sussistenza di un pregiudizio *in re ipsa*, di talché basterebbe provare l’evento lesivo, senza riguardo alle conseguenze²²⁵.

Considerando invece la tutela risarcitoria come uno strumento volto a rimuovere le conseguenze negative che derivano da una determinata lesione, deve escludersi la ricorrenza automatica del danno, essendo necessaria la dimostrazione circa la sussistenza del pregiudizio. In quest’ultimo caso il contenuto della prova non afferirebbe ad elementi impalpabili come i sentimenti e gli stati d’animo, ma a circostanze di fatto, trattandosi di dimostrare ciò che la persona non può più concretamente fare a seguito dell’illecito attraverso il confronto della vita attuale della vittima con quella che era la sua esistenza prima dell’illecito.

Uno dei versanti più delicati dell’intera materia concernente il danno esistenziale riguarda l’accertamento e la quantificazione del pregiudizio subito. Così come era accaduto alle origini del danno biologico, anche per il danno esistenziale si sono ripresentati i medesimi ostacoli in ordine alla impossibilità di tradurre le conseguenze negative personali in una somma di denaro. In particolare le difficoltà sono nate dal fatto di non poter applicare, per la misurazione delle modificazioni concretamente intervenute nella realtà esterna della vittima, le logiche di carattere economico.

La soluzione del problema, nell’ordinamento giuridico attuale, passa attraverso il combinato disposto degli artt. 2056-1226 c.c., ai sensi del quale “*se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa*”.

Tale norma presuppone che vi sia stata la dimostrazione dell’esistenza di un danno e che questo non sia facilmente quantificabile. A tal fine il danneggiato attore in giudizio potrà ricorrere alla prova testimoniale, documentale e presuntiva. Il giudice, invece, potrà tenere conto, nella determinazione delle ripercussioni negative in capo al soggetto danneggiato, di

²²⁴ Vedi, fra le pronunce di merito, Tribunale Milano, 15 Giugno 2000, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 461 ss, con nota di C. FAVILLI, *Danno non patrimoniale e «danni esistenziali»*.

²²⁵ Vedi Cassazione, 7 giugno 2001, n. 7713, in *Danno e resp.*, 2000, 8-9, 835 ss.

vari parametri quali ad esempio la personalità del soggetto leso, il tipo di attività svolte, le alterazioni delle relazioni familiari, sociali, lavorative.

La conversione del male patito dalla vittima in una somma di denaro dovrà essere supportata da un'adeguata motivazione che permetterà al giudice di illustrare il procedimento logico-giuridico attraverso il quale ha ritenuto proporzionata la misura del risarcimento, e consentirà alla parte soccombente di operare un controllo sulla decisione stessa sotto il profilo della logicità e della violazione di legge.

Se per un verso l'applicazione della regola equitativa consente di dare valore anche a beni che sono, per la loro natura ed importanza, sottratti alle logiche economiche e di scambio, per altro verso rischia di non garantire l'uniformità di trattamento per pregiudizi sostanzialmente analoghi.

Come detto, il danno esistenziale è nato con l'intento dichiarato di colmare dei vuoti di tutela ed in particolare di dare ristoro alle vittime di conseguenze personali negative che non avessero origine nella lesione del diritto alla salute tutelato dall'art. 32 Costituzione, bensì nella lesione di altri diritti riconducibili all'art. 2 Cost. È opportuno quindi evidenziare i settori in riferimento ai quali è possibile configurare i c.d. illeciti a valenza esistenziale.

Il settore dei rapporti familiari rappresenta certamente il campo elettivo di applicazione della nuova categoria. Il risarcimento del danno è stato ammesso nell'ipotesi di nascita indesiderata a seguito di errato intervento di vasectomia²²⁶, nel caso di un'errata diagnosi ecografica che abbia omesso di rilevare le malformazioni congenite del feto²²⁷, nell'ipotesi di lesione della salute del congiunto tale da incidere sulle modalità di realizzazione del rapporto familiare²²⁸, nel caso di decesso del familiare²²⁹. È interessante notare come le prime applicazioni giurisprudenziali della nuova categoria abbiano regolato ipotesi nelle quali il danno esistenziale è stato chiesto non da chi abbia subito la lesione della salute ma da un parente stretto.

Ancora, la portata applicativa del danno esistenziale è riferibile a chi è rimasto vittima di disagi sofferti a seguito di immissioni intollerabili, che provocano l'alterazione delle

²²⁶ Tribunale di Busto Arsizio, 17 luglio 2001, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 441 ss., con nota di F. BILOTTA, *La nascita non programmata di un figlio e il conseguente danno esistenziale*.

²²⁷ Tribunale penale di Locri, 6 ottobre 2000, in *Danno e resp.*, 2001, 393 ss., con nota di F. BILOTTA, *Il danno esistenziale: l'isola che non c'era*; in *Resp. civ. prev.*, 2001, 409 ss., con nota di P. ZIVIZ, *Danno biologico e danno esistenziale: parallelismi e sovrapposizioni*; in *Riv. It. Medicina Legale* 2002, 1, 209 ss., con nota di A. DEMORI A, L. MACRÌ, *Danno esistenziale e "wrongful life"*.

²²⁸ Tribunale Ancona, 18 Marzo 2002, in G. CASSANO, *La prima giurisprudenza del danno esistenziale*, Piacenza, 2002.

²²⁹ Corte di Appello Torino, 4 ottobre 2001, in *Danno e resp.*, 2002, 151 ss., con nota di M. BONA, *La violazione del rapporto familiare nel segno del danno esistenziale*; Tribunale di Napoli, 12 febbraio 2002, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 793, con nota di P. ZIVIZ, *Chi ha paura del danno esistenziale?*; Tribunale di Napoli, 28 dicembre 1995, in *Resp. civ. prev.*, 1996, 993 ss., che, in un caso di decesso del congiunto, qualifica il pregiudizio, subito dalla vedova e dall'orfano, come "modificazione peggiorativa della qualità di vita, essendo venuto meno quel fascio di relazioni umane identificantesi nella stessa posizione di moglie e figlio e, come tale, arricchito di quegli stessi contenuti specifici ricollegantisi alla detta qualità".

normali attività dell'individuo, quali il riposo, il relax e l'attività lavorativa domiciliare²³⁰, ed anche al lavoratore rimasto vittima del c.d. mobbing²³¹, che non ha potuto fruire del riposo settimanale²³², o che ha subito un danno da demansionamento²³³.

Del pari, non è rimasto escluso il campo della responsabilità contrattuale: l'inadempimento dell'obbligazione può produrre non soltanto conseguenze valutabili sul piano patrimoniale ma anche effetti che riguardano la sfera esistenziale del contraente. Di grande attualità è, sotto quest'ultimo profilo, il tema della responsabilità medica, che configura un settore della responsabilità al confine tra il torto e il contratto. I sempre più frequenti tentativi di attrarre il settore nell'area contrattuale rispondono ad una precisa logica di tutela del paziente. L'estensione dei meccanismi contrattuali al settore sanitario incide profondamente sulla posizione sostanziale e processuale del paziente che vede mutata la propria posizione all'interno del rapporto con il medico e la struttura sanitaria; egli, in altri termini, smette le vesti di un *quisque de populo* e diventa un contraente. Il che ha dei risvolti pratici di non poco momento sotto il profilo dell'onere della prova e del tempo entro il quale poter far valere i propri diritti.

Gli esempi della cosiddetta vacanza rovinata²³⁴, del notevole ritardo del volo aereo²³⁵ e della ritardata attivazione del servizio di telefonia mobile²³⁶ costituiscono, inoltre, ulteriori ipotesi in cui la giurisprudenza ha riconosciuto e liquidato il c.d. danno esistenziale derivante dall'inadempimento dell'obbligazione contrattuale.

La penetrazione di interessi non patrimoniali sul terreno obbligatorio ha trovato un valido supporto normativo nell'art. 1174 c.c. in base al quale si deve tener conto del danno esistenziale derivante dall'inadempimento dell'obbligazione contrattuale nella misura in cui un interesse non patrimoniale sia riconducibile al vincolo di carattere obbligatorio.

Da ultimo, a conferma dell'ampia comprensività della categoria, la giurisprudenza ha ritenuto risarcibile il danno non patrimoniale sub specie di danno esistenziale perfino

²³⁰ Tribunale di Milano, 21 ottobre 1999, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 1335 ss., con nota di P. ZIVIZ, *Il danno esistenziale preso sul serio*, secondo il quale “la sottoposizione ad immissioni acustiche intollerabili - quand'anche non comporti a carico delle vittime l'insorgere di un danno biologico, correlato all'alterazione dello stato di salute o all'insorgere di una malattia - causa un'alterazione delle normali attività dell'individuo, quali il riposo, il relax, l'attività lavorativa domiciliare e non, la quale integra un danno esistenziale”.

²³¹ Tribunale di Forlì, 15 Marzo 2001, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 1018 ss., con nota di P. ZIVIZ, *Mobbing e risarcimento del danno*.

²³² Cassazione, 3 luglio 2001, n. 9009, in *Dir. form.* 2002, 501 ss.

²³³ Cassazione, sez. lavoro, 4 giugno 2003, n. 8904, in *Gius.* 2003, 22, 2547 ss.

²³⁴ Vedi Giudice di pace di Bari, 21 aprile 1999, in *Arch. civ.*, 1999, 876 ss.

²³⁵ Giudice di pace di Milano, 18 dicembre 2000, in *Giur. it.*, 2000, 1159 ss., con nota di F. BILOTTA, *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, secondo il quale “nel trasporto aereo l'informazione sull'evolversi dei contrattempi e sulle prevedibili contromisure, rientra negli obblighi non solo di cortesia ma anche di assistenza del vettore nei confronti dei passeggeri clienti. Dall'inadempimento di tali obblighi sorge in capo al vettore stesso un'obbligazione risarcitoria. Oltre i danni patrimoniali di cui l'attore deve dare prova specifica, deriva, in ogni caso, da tale inadempimento un danno alla sfera esistenziale, quali il nervosismo e la frustrazione connessi al notevole ritardo accumulato dal volo. Tale danno esistenziale è quantificabile equitativamente”.

²³⁶ Giudice di pace di Verona, 16 marzo 2000, in *Giur. it.*, 2000, 1159 ss.

all'ente, facendo in tal modo coincidere la sfera della sua realizzazione con il perseguimento del fine sociale.

In dottrina non sono mancati i contrasti sull'utilità, sull'ammissibilità e sulle modalità applicative della nuova categoria risarcitoria. Almeno tre sono le impostazioni teoriche che si possono individuare sul tema: due favorevoli al danno esistenziale (Scuola triestina e torinese), una nettamente contraria (Scuola pisana).

Per gli autori della Scuola triestina, facente capo a P. Cendon e P. Ziviz, il danno esistenziale assume le vesti di una "super-categoria" all'interno di un nuovo modello risarcitorio nel quale il danno biologico altro non è "se non un danno esistenziale; cioè un sotto-tipo o un emisfero di quest'ultimo"²³⁷.

Fra danno biologico e danno esistenziale, infatti, non sussisterebbe alcuna differenza di carattere ontologico poiché entrambe le figure attengono al medesimo tipo di conseguenze dannose.

La diversità consiste nel tipo di violazione che si pone all'origine delle compromissioni della sfera personale; nell'ambito dei riflessi esistenziali vengono pertanto distinte due diverse aree: quella relativa al danno esistenziale "puro"²³⁸, in quanto discendente dalla lesione di interessi diversi da quello alla salute, e quella del "danno esistenziale-biologico", derivante dalla violazione dell'integrità psicofisica della vittima²³⁹.

Netta invece è la differenza ontologica rispetto al danno morale soggettivo, in virtù dei diversi contenuti naturalistici. Il danno esistenziale riguarda il fare (attività diverse rispetto al passato) o il non poter più fare ciò che in precedenza si faceva; il danno morale riguarda invece l'interno sentire. Proprio la riconducibilità di quest'ultimo alla mera sofferenza interna, insuscettibile di oggettivo accertamento mediante prove materiali, giustificerebbe la sua risarcibilità nei soli casi di legge ai sensi dell'art. 2059 c.c.

Nel nuovo schema risarcitorio proposto dagli autori triestini sono dunque compresi il danno patrimoniale, quello morale, risarcibile nei soli casi consentiti dalla legge per via

²³⁷ P. CENDON, *Esistere o non esistere*, in *Trattato dei nuovi danni*, Padova, 2001, I, 10 ss.; vedi inoltre, in relazione a tale indirizzo, le note, i commenti e le monografie susseguite nel tempo AA. VV., *Il danno esistenziale*, a cura di Cendon e Ziviz, in *Il diritto privato oggi*, Milano, 2000; P. CENDON - P. ZIVIZ, *Il danno esistenziale. La nuova voce della responsabilità civile*, Milano, 2000; P. CENDON (a cura di), *Il risarcimento del danno esistenziale*, in *Trattato breve dei nuovi danni*, Padova, 2001; ID., *L'urlo e la furia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 70 ss.; ID., *L'araba fenice: più vivo che mai il danno esistenziale presso i giudici italiani*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 1 ss.; ID., *Danno esistenziale e ossessioni negazioniste*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2, 284ss.; ID., *Caso Barilla: perché sì al danno esistenziale, secondo la Cassazione penale*, in *Giur. it.*, 2004, II, 1035 ss.; P. ZIVIZ, *Equivoci da sfatare sul danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 4-5, 817 ss.; EAD., *Danno biologico e danno esistenziale: parallelismi e sovrapposizioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 2, 417ss.; EAD., *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *Contratto e Impresa* 2004, n. 2; EAD., *La fine dei dubbi in materia di danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, n. 9, 235B EAD., *Le relazioni pericolose: i rapporti tra danno biologico e danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 4, 790 ss.; EAD., *Danno esistenziale, solo il tuo nome è mio nemico*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1, 83 ss.; EAD., *Danno non patrimoniale: mossa obbligata per le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 5; EAD., *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1, 94 ss.

²³⁸ P. ZIVIZ, *Danno, X) Voce Danno esistenziale*, cit., 4.

²³⁹ P. ZIVIZ, *Danno, X) Voce Danno esistenziale*, cit., 5.

dell'impossibilità di un suo accertamento materiale, e il danno esistenziale (che si pone in linea con quel processo evolutivo cominciato con il danno biologico e che è idoneo a ricomprendere non solo il danno biologico ma anche tutti i pregiudizi privi di "etichetta" derivanti da lesioni di diritti costituzionalmente protetti).

I pregiudizi non patrimoniali derivanti da lesioni di diritti costituzionalmente protetti diversi da quelli morali sono sottratti all'applicazione dell'art. 2059 e ricondotti al combinato disposto che si ottiene collegando l'art. 2043 c.c. con i vari articoli della Costituzione che di volta in volta vengono in rilievo.

Secondo la Scuola torinese, di cui è esponente P. G. Monateri, invece, il danno esistenziale costituisce un'autonoma categoria risarcitoria.

Netta sarebbe la differenza rispetto al danno biologico, essendo quest'ultimo saldamente ancorato ad una matrice medico-legale, sia in relazione alla sua natura, sia per quanto inerisce alla sua prova²⁴⁰.

La riformulazione dello schema risarcitorio classico parte da una considerazione: la categoria del danno non patrimoniale, ormai frantumata in una pluralità di fattispecie, ha un valore più che altro dogmatico e classificatorio.

In primo piano si staglia, (lasciate da parte le questioni terminologiche) la reazione all'aggressione ingiusta produttrice di un mutamento in negativo del complesso delle relazioni dell'individuo in quanto persona, indipendentemente dalla ripercussione dello evento dannoso sul fare reddituale o sull'interno sentire del soggetto.

Alla luce dei precedenti della Corte Costituzionale (Corte Cost. 87/1979; Corte Cost. 184/1986; Corte Cost. 293/1996), si opera dunque una suddivisione tra danni morali di cui all'art. 2059 c.c., e tutti gli altri tipi di danno risarcibili come species del danno ingiusto ex art. 2043 c.c.

Nella prima categoria rientrano solo i danni morali derivanti da un fatto costituente reato e conseguenti alla lesione di una posizione soggettiva non garantita dalla Costituzione²⁴¹; nella seconda categoria rientrano invece i c.d. danni esistenziali (somma di ripercussioni relazionali di segno negativo), il danno biologico (accertabile dalla scienza medico-legale) e i danni morali conseguenti alla violazione di una posizione garantita dalla Costituzione.

Come si può notare, a differenza dell'impostazione triestina, danno morale e danno esistenziale non vengono distinti sotto il profilo del contenuto naturalistico, bensì sulla base del diverso referente normativo: da una parte ci sono le alterazioni negative ingiuste

²⁴⁰ P.G. MONATERI, *Alle soglie di una nuova categoria risarcitoria*, cit., 8; vedi inoltre, per quanto riguarda tale indirizzo, ID., *Il danno esistenziale arriva in Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2000, 8-9, 836 ss.; «*Alle soglie*» la prima vittoria in Cassazione del danno esistenziale, in *Danno e resp.*, 2000, 835 ss.; ID., *Sezioni Unite: le nuove regole in tema di danno esistenziale e il futuro della responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2006, 6, 791 ss.

²⁴¹ Vedi a questo proposito quanto affermato da Corte Cost., 26 luglio 1979, n. 87, in *Giur. cost.* 1979, I, 652 ss.

patite sul fronte del fare o del sentire che rientrano nel concetto di danno esistenziale o danno non patrimoniale risarcite ai sensi dell'art. 2043 c.c.; dall'altra parte c'è il danno morale soggettivo derivante da reato risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c.

Nell'intento di ricostruire un moderno schema risarcitorio del danno non patrimoniale, l'indirizzo torinese, attraverso l'attenta considerazione delle pronunce della Corte Costituzionale, si avvicina al modello mononormativo francese fondato su un principio di normale risarcibilità del danno morale (*dommage moral*) nelle ipotesi di responsabilità extracontrattuale e contrattuale.

In questo senso deve essere letta la proposta di allargare l'area del danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c. e di trasformare l'art. 2059 c.c. in *“un vecchio ospite che si invita ancora per affetto, senza farlo partecipare veramente alla conversazione”*²⁴².

Gli autori della c.d. Scuola pisana (Busnelli, Ponzanelli, Navarretta)²⁴³ privilegiano, invece, la valorizzazione dei meccanismi normativi esistenti in quanto il sistema bipolare sarebbe in grado di offrire una precisa tutela riparatoria alla persona senza necessità di ricorrere alla creazione di un *tertium genus*.

In particolare, l'ammissibilità del risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla lesione di un interesse costituzionale diverso da quello alla salute passerebbe attraverso il superamento dell'equazione danno non patrimoniale-danno morale soggettivo, prospettiva già adottata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 88/1979, là dove la discrezionalità del legislatore nel prevedere trattamenti differenziati in ragione della gravità del fatto trovava un limite con riferimento alle situazioni soggettive costituzionalmente garantite.

L'indiscriminato risarcimento di ogni perdita, a prescindere dalla necessaria selezione e individuazione dei beni/interessi costituzionalmente garantiti, avrebbe l'effetto di favorire il passaggio da un sistema di responsabilità (che non garantisce il risarcimento di tutti i danni, ma solo di quelli individuati in base a determinati criteri di selezione) ad un sistema

²⁴² P. G. MONATERI, *Alle soglie di una nuova categoria risarcitoria*, cit., 8.

²⁴³ G. PONZANELLI, *Sei ragioni per escludere il danno esistenziale*, cit., 693 ss.; vedi, inoltre ID., *Non c'è bisogno del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2003, 5, 550 ss.; ID., *Limiti del danno esistenziale: postfazione al convegno triestino*, in *Danno e resp.*, 1999, 3, 360 ss.; ID., *Critica al danno esistenziale*, Padova 2003; ID., *Il rischio di duplicazioni risarcitorie: non cumulo tra danno esistenziale e danno biologico*, in *Corr. merito*, 2008, 4, 435ss.; ID., *La prevista esclusione del danno esistenziale e il principio di integrale riparazione del danno: verso un nuovo sistema di riparazione del danno alla persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 90 ss.; ID., *La lettura costituzionale dell'art. 2059 c.c. esclude il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2007, 3, 316 ss.; ID., *Il danno esistenziale e la Corte di Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2006, 8-9, 849 ss.; ID., *La responsabilità civile e la perdita di scientificità: dai system builders al danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 11 ss.; ID., *Il danno non patrimoniale tra lettura costituzionale e tentazioni esistenziali: la parola alle sezioni unite*, in *Danno e resp.*, 2008, 5, 558 ss.; E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili. Risarcimento del danno*, Torino, 1996; EAD., *Il danno esistenziale risarcito ex art. 2059 c.c. e l'adeguamento della norma alla Costituzione*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 190 ss. F.D. BUSNELLI, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 1 ss.; ID., *Il danno alla persona al giro di boa*, in *Danno e resp.*, 2003, 3, 237 ss.

di sicurezza sociale anomalo, nel quale le perdite non vengono addossate allo Stato, ma al soggetto danneggiante privato, in una logica tutta pubblicistica delle perdite.

Senza considerare che il possibile squilibrio fra le funzioni di compensazione e di deterrenza che potrebbe derivarne, a favore della prima (*overcompensation*), avrebbe ripercussioni anche sotto il profilo assicurativo; a causa della forte caratterizzazione soggettiva del danno esistenziale, infatti, si correrebbe il rischio che nel processo proprio di ogni impresa assicurativa (individuazione dei rischi e determinazione delle classi di assicurati) possano nascere difficoltà in ordine alla determinazione delle classi, per le quali sono necessarie voci di danno ben caratterizzate.

L'elaborazione dottrinarie del danno esistenziale ha fatto registrare differenti reazioni anche nella giurisprudenza, di merito e di legittimità.

Si sono formati così due orientamenti di massima, l'uno favorevole²⁴⁴, l'altro contrario²⁴⁵. Alcune decisioni di legittimità hanno, infatti, ritenuto ammissibile la configurabilità, come autonoma categoria risarcitoria, del danno esistenziale, identificandolo nella compromissione delle attività realizzatrici della persona umana, e distinguendolo sia dal danno biologico (che presuppone una lesione in corpore) e dal danno morale soggettivo (patimento d'animo interiore di tipo soggettivo); altre, invece, hanno ritenuto illegittimo il riferimento ad una generica categoria di danno come quella del danno esistenziale.

Nella vivace disputa degli ultimi anni hanno avuto grande rilevanza le sentenze gemelle che la Corte di Cassazione ha emesso nel 2003 le quali hanno ridefinito, rispetto alle opinioni tradizionali, presupposti e contenuti del risarcimento del danno non patrimoniale²⁴⁶.

Quanto ai presupposti, è stato affermato che il danno non patrimoniale è risarcibile non solo nei casi previsti dalla legge, in base al richiamo contenuto nell'art. 2059 c.c., ma anche in tutte quelle ipotesi in cui il fatto illecito abbia leso un interesse o valore di rilievo costituzionale non suscettibile di valutazione economica.

Quanto ai contenuti, l'espressione danno non patrimoniale è stata interpretata in senso ampio come categoria di danno unitaria in grado di ricomprendere l'ingiusta lesione di interessi alla persona senza che fosse necessario ritagliare specifiche figure di danno.

In altri termini, la Suprema Corte, ritenendo insostenibile e incompatibile con l'ordinamento giuridico non soltanto l'angusta portata applicativa della norma riferentesi

²⁴⁴ Cassazione del 7 giugno 2000, n. 7713, in *Danno e resp.*, 2000, 8-9, 835 ss.; Cassazione, 3 luglio 2001, n. 9009, cit., 501 ss.

²⁴⁵ Cassazione, 5 novembre 2002, n. 15449, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 1906 ss.; Cassazione, 15 luglio 2005, n. 15022, in *Dir. giust.* 2005, 40, 37 ss.

²⁴⁶ Cassazione, 31 maggio 2003, nn. 8827/8828, in *Danno e resp.*, 2003, 8-9, 816 ss., con nota di F.D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*; di G. PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*; di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in paradiso*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 58 ss., con nota di A. SCALISI, *Il danno esistenziale. La «svolta» della Suprema Corte di Cassazione avallata «quasi in simultanea» dalla Corte Costituzionale*; in *Corr. giur.*, 2003, 3, 1031 ss., con nota di M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale e il danno morale: una svolta per il danno alla persona*.

solo al reato, ma anche la limitata lettura contenutistica dell'espressione danno non patrimoniale inteso come danno morale soggettivo, ha affermato che nel vigente assetto ordinamentale nel quale assume posizione preminente l'art. 2 Cost., il danno non patrimoniale assurge al rango di "*categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona*" capace di assicurare l'integrale riparazione del danno ingiustamente subito²⁴⁷.

Tale affermazione è stata sorretta da vari argomenti.

Primo fra tutti, l'incremento, nella legislazione ordinaria, di casi di espresso riconoscimento del risarcimento del danno non patrimoniale, anche al di fuori delle ipotesi di reato. Si pensi ad esempio alla legge 117/1998 sulla responsabilità dei magistrati, alla legge 675/1996 sulla riservatezza, ora confluita nel codice della privacy (d.lgs. 196/2003), al d.lgs. 286/1998 in tema di immigrazione, alla legge 89/2001 sulla ragionevole durata del processo.

Secondo, il riconoscimento, da parte della giurisprudenza di merito (Tribunale di Genova 25 maggio 1974; Tribunale di Pisa, 10 marzo 1979) e di legittimità (Cassazione n. 3675/1981) della figura del danno biologico, con la quale si indica una lesione del diritto alla salute, diverso dal danno morale per la sua esteriorità-materialità, e per la sua conseguente suscettibilità di essere accertato con criteri obiettivi.

Ulteriore riprova che il danno non patrimoniale non inerisce solamente al danno morale soggettivo è stata data dalla sentenza della Cassazione n. 2367/2000, con la quale è stato ammesso il risarcimento di tale tipologia di danno in favore delle persone giuridiche.

Ultimo per ordine, ma forse il primo per importanza, è stato il riconoscimento operato dalla Suprema Corte del principio in forza del quale il rinvio ai casi di legge di cui all'art. 2059 c.c. può ben essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della stessa Legge fondamentale, considerato che il riconoscimento in essa dei diritti inviolabili della persona ne esige implicitamente ma necessariamente la tutela e di conseguenza configura un caso determinato dalla legge al massimo livello di risarcimento del danno non patrimoniale.

La rivoluzione delle sentenze gemelle del 2003 ha coinciso con un ritorno alle origini.

È stato abbandonato il sistema tripolare disegnato dalla Corte Costituzionale nel 1986, che vedeva affiancati il danno patrimoniale, il danno biologico (danno in re ipsa risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c.), e il danno morale soggettivo risarcibile in base all'art. 2059 c.c. nei soli casi di legge; e si è ritornati all'originario sistema bipolare descritto dal legislatore del 1942.

Il valore delle pronunce suddette è legato anche alle affermazioni in tema di prova e liquidazione del danno. La Corte ha scartato l'ipotesi del danno in re ipsa (accolta da Corte Cost. n. 184/1986 e abbandonata in seguito da Corte Cost. 372/1994).

²⁴⁷ Vedi le osservazioni di G.B. FERRI, *Il danno alla salute e l'economia del dolore*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I₂, 833 ss.

Seppur con riferimento alla specifica ipotesi dell'uccisione del congiunto, si è affermato che il danno non patrimoniale non può coincidere con la lesione dell'interesse protetto trattandosi di danno-conseguenza, il quale deve essere allegato e provato da chi vi abbia interesse, anche mediante elementi presuntivi. La sua liquidazione non potrà che avvenire in base ad una valutazione equitativa (artt. 2056 e 1226 c.c.), vertendosi in tema di lesioni prive di contenuto economico.

L'interpretazione costituzionalmente orientata proposta dalle sentenze gemelle è stata condivisa anche dalla Corte Costituzionale con la pronuncia 233/2003²⁴⁸, la quale, dichiarando non fondata la questione di legittimità dell'art. 2059 c.c. in relazione agli artt. 2 e 3 Cost., ha riconosciuto, con un esplicito riferimento semantico, il danno esistenziale (derivante dalla lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona diversi da quella all'integrità psichica e fisica della persona conseguente ad un accertamento medico ex art. 32 Cost.), all'interno di un sistema bipolare del danno patrimoniale e non patrimoniale.

In tale occasione si è affermato che *“l'art. 2059 cod. civ. deve essere interpretato nel senso che il danno non patrimoniale, in quanto riferito alla astratta fattispecie di reato, è risarcibile anche nelle ipotesi in cui la colpa dell'autore del fatto risulti da una presunzione di legge”*²⁴⁹.

Il significato della pronuncia si rivela coerente con la cosiddetta *“strategia dell'erosione”*²⁵⁰ dei limiti dell'art. 2059 c.c. che storicamente si è realizzata anche attraverso il passaggio dal reato alla *“previsione astratta di un fatto ontologicamente qualificabile come delittuoso a prescindere dalla sua concreta punibilità”*²⁵¹.

²⁴⁸ Corte Cost. 233/2003, in *Corr. Giur.*, 2003, 8, 1028 ss., con nota in *Corr. giur.*, 2003, 3, 1031 ss., con nota di M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale e il danno morale: una svolta per il danno alla persona*; in *Danno e resp.*, 2003, 10, 939 ss., con nota di M. BONA, *Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte Costituzionale apre (verso il nuovo art. 2059 c.c.)*; in *Danno e resp.*, 2003, 10, 957, con nota di G. CRICENTI, *Una diversa lettura dell'art. 2059 c.c.*; in *Danno e resp.*, 2003, 10, 962, con nota di G. PONZANELLI, *La Corte Costituzionale si allinea con la Corte di Cassazione*; in *Danno e resp.*, 2003, 10, 964, con nota di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il sistema di responsabilità dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 233/2003*; in *Danno e resp.*, 2003, 10, 970, con nota di O. TROIANO, *L'irresistibile ascesa del danno non patrimoniale*; in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1041 ss., con nota di P. ZIVIZ, *Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c.*; in *Rass. dir. civ.*, 2003, 3, 775 ss., con nota di P. PERLINGIERI, *L'art. 2059 c.c. uno e bino: un'interpretazione che non convince*.

²⁴⁹ Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Danno e resp.*, 2003, 10, 941.

²⁵⁰ Così F. D. BUSNELLI, *Il danno biologico. Dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, cit., 250, chiama le strategie utilizzate da alcuni studiosi per sfuggire alle strettoie dell'art. 2059 c.c. In particolare si fa riferimento ad A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, 55 ss.; e a G. B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli – G. Scalfi, Milano, 1985, 152 ss..

²⁵¹ Vedi Cassazione penale, 27 agosto 1980, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2380 ss., con nota di A DE CUPIS, *Giudicato penale di proscioglimento e risarcimento del danno non patrimoniale*.

Tale strategia ha coinvolto in un primo tempo l'imputabilità del soggetto autore del reato²⁵² e, in un secondo tempo, il settore delle responsabilità presunte, con ciò volendosi riferire a quelle fattispecie civilistiche (artt. 2051c.c. e 2054 c.c. in particolare) che prevedono un tipo di responsabilità aggravata o semi oggettiva (in cui l'elemento soggettivo non è costitutivo dell'illecito, ma ha il ruolo di aggravare la posizione probatoria del danneggiante a favore della vittima del danno). In questi casi la responsabilità extracontrattuale è stata affermata anche quando, non essendo possibile il positivo accertamento della colpa a fini penalistici, tuttavia essa debba ritenersi sussistente in base ad una presunzione di legge²⁵³.

Le importanti conquiste di ordine interpretativo e sistematico ottenute dalla Corte di Cassazione e dalla Corte Costituzionale tuttavia non sono riuscite a frenare i contrasti in dottrina fra le due scuole di pensiero "esistenzialista" ed "antiesistenzialista". Ed anche in giurisprudenza non sono mancate conferme e smentite in relazione alla nuova lettura del 2003.

Si è assistito al rifiorire di un filone giurisprudenziale esistenzialista²⁵⁴ (all'interno del quale si individuano moltissime decisioni di equità) che ha interpretato il danno esistenziale come autonoma categoria risarcitoria aperta ai disagi, ai turbamenti psichici, agli stress, arrivando ad individuare, talune volte, nella lesione della serenità personale, della qualità della vita, o nella violazione in sé di un bene costituzionalmente tutelato (ad esempio la personalità, l'immagine, la reputazione, l'autostima), la prova della esistenza del danno in esame.

Un particolare rilievo, all'interno di questo filone, assume una sentenza delle Sezioni Unite²⁵⁵ emessa in materia di demansionamento del lavoratore, che si caratterizza

²⁵² Vedi Cassazione, 6 dicembre 1982, n. 6651, in *Giust. civ. mass.*, 1982,12; in *Giur. it.* 1984, I, 1, 150 (nota); in *Riv. dir. comm.*, 1983, II, 217 (nota), che con riferimento a soggetto non imputabile afferma "La risarcibilità del danno non patrimoniale, a norma dell'art. 2059 c.c., in relazione all'art. 185 c.p., non richiede che il fatto illecito integri in concreto un reato, ed un reato punibile, per concorso di tutti gli elementi a tal fine rilevanti per la legge penale, essendo sufficiente che il fatto stesso sia astrattamente preveduto come reato, e sia conseguentemente idoneo a ledere l'interesse tutelato dalla norma penale".

²⁵³ Vedi Cassazione, 12 maggio 2003, nn. 7281, in *Guida dir.*, 2003, 31, 37; Cassazione, 12 Maggio 2003, n. 7282, in *Arch. giur. circolaz.*, 2003, 773; Cassazione, 12 maggio 2003, n. 7283, in *Danno e resp.*, 2003, 7, 713 nota di G. PONZANELLI, *Danno non patrimoniale: responsabilità presunta e posizione del giudice civile*.

²⁵⁴ Per il periodo antecedente alle sentenze gemelle del 2003 vedi Cassazione del 7 giugno 2000, n. 7713, cit.; Cassazione, 3 luglio 2001, n. 9009, cit.; per il periodo successivo vedi, in particolare, Cassazione, sezioni unite, 24 Marzo 2006, n. 6572, in *Giur. it.*, 2006, 11, 2042 ss.; Cassazione sez. lav., 2 ottobre 2006, n. 21282, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 10; Cassazione sez. lav., 15 settembre 2006, n. 19965, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 9, 18; Cassazione, 12 giugno 2006, n. 13546, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 9, 1439 ss.; in *Dir. giust.*, 2006, 28, 17 ss., con nota di M. DI MARZIO, *Il danno esistenziale? Ormai sdoganato*; in *Danno e resp.* 2006, 8-9-, 849 ss., con nota di G. PONZANELLI; Cassazione, 2 febbraio 2007, n. 2311, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 2; Cassazione, 6 febbraio 2007, n. 2546, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 6, 1279 ss., con nota di D. CHINDEMI, *Danno esistenziale quale autonoma voce di danno distinta dal danno biologico e dal danno morale*; Cassazione, 28 agosto 2007, n. 18199, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 7-8.

²⁵⁵ Cassazione, sezioni unite, 24 marzo 2006, n. n. 6572, in *Giur. it.* 2006, 11, 2042 ss.

per la chiarezza con la quale ha cercato di descrivere gli aspetti essenziali della figura risarcitoria in questione.

In tale pronuncia viene affermata l'autonoma risarcibilità del danno esistenziale definito come pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore come il danno morale, ma oggettivamente accertabile) provocato sul "fare reddituale" del soggetto, che "alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto a espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno". Il riconoscimento muove dalla natura contrattuale dell'obbligo del datore di lavoro, che inserisce alla tutela dell'integrità fisica e della personalità morale del lavoratore nel contesto contrattuale, in modo da superare le limitazioni imposte dall'art. 2059 c.c. Il che permette alle sezioni unite di affermare che non è necessario verificare se l'interesse leso dalla condotta datoriale sia meritevole di tutela in quanto protetto a livello costituzionale, poiché la protezione è già chiaramente accordata dal codice civile.

L'analisi dell'orientamento giurisprudenziale esistenzialista merita qualche considerazione in ordine al profilo probatorio. Soprattutto negli anni successivi all'intervento delle sentenze gemelle del 2003, la Corte di Cassazione ha affermato espressamente che il riconoscimento del danno esistenziale non può prescindere da una specifica allegazione della natura e delle caratteristiche del pregiudizio medesimo²⁵⁶; altre pronunce, nel confermare le precedenti statuizioni, hanno fatto riferimento alla necessità della prova, anche per presunzioni²⁵⁷ ai sensi dell'art. 2729 c.c.; altre ancora, hanno evidenziato come la domanda di risarcimento del danno morale non possa essere intesa come implicitamente riferita anche al risarcimento del cosiddetto danno esistenziale, laddove non sia stata proposta anche una domanda di risarcimento dei danni non patrimoniali e manchino le specifiche allegazioni di fatto in ordine alla esistenza dei pregiudizi²⁵⁸.

La prova dell'alterazione delle abitudini relazionali e delle scelte di vita del soggetto e la necessaria indicazione delle circostanze che hanno determinato la compromissione delle abitudini di vita costituiscono, nelle pronunce di legittimità e dei Tribunali²⁵⁹, un dato quasi costante.

Una considerazione a parte merita la giurisprudenza esistenzialista dei giudici di pace, che, nel corso degli anni, ha dimostrato di confondere il piano del pregiudizio da riparare con il piano dell'ingiustizia da dimostrare.

²⁵⁶ In questo senso vedi Cassazione, 6 febbraio 2007, n. 2546, cit.; Cassazione, 28 agosto 2007, n. 18199.

²⁵⁷ Cassazione sez. lav., 11 maggio 2007, n. 11278, in *Giust. civ. mass.* 2007, 5.

²⁵⁸ Vedi Cassazione, 24 agosto 2007, n. 17977, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2008, 3, 238 ss.

²⁵⁹ Vedi Trib. Bologna, 14 dicembre 2006, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 12, 2625 ss.; Trib. Padova sez. lav., 04 luglio 2006, in *Massimario della Giurisprudenza Civile Patavina* 2009; Trib. Bari, sez. III, 19 ottobre 2007, n. 2363, in *Giurisprudenzabarese.it* 2007; Tribunale Trani, 27 settembre 2007, n. 959, in *Giurisprudenzabarese.it* 2007; Trib. Napoli, 4 maggio 2007, in *Corr. merito* 2007, 7, 843 ss.; Trib. Milano, sez. X, 30 aprile 2008, n. 5567.

Tale giurisprudenza, si è distinta, in particolare, per avere risarcito pregiudizi di dubbia serietà, prescindendo dall'individuazione dell'interesse leso e, quindi, dal requisito dell'ingiustizia del danno.

Con riferimento al primo profilo, è stato ammesso ad esempio il risarcimento del danno esistenziale da intasamento della cassetta delle lettere²⁶⁰, da ritardato allacciamento della linea telefonica²⁶¹, da black out elettrico²⁶², da cattivo taglio dei capelli²⁶³, da smarrimento del bagaglio²⁶⁴, da illegittima contravvenzione²⁶⁵, da ritardo aereo²⁶⁶. Laddove ciò non bastasse a dare un'idea della confusione concettuale in ordine a tale figura risarcitoria, si consideri la sentenza del Giudice di pace di Napoli del 27 marzo 2006 che ha condannato la FIGC (Federazione Italiana Gioco calcio) al risarcimento del danno esistenziale in favore di un tifoso ed appassionato della squadra del Napoli per il mancato ripescaggio colposo in serie B della squadra partenopea²⁶⁷.

Sul versante opposto, l'orientamento antiesistenzialista ha negato che il danno esistenziale costituisca categoria di pregiudizio autonomamente risarcibile. In particolare la giurisprudenza della Corte di Cassazione²⁶⁸ ha fondato la propria obiezione su tre punti. Primo, mentre per il risarcimento del danno patrimoniale il riferimento al "danno ingiusto" comporta un'atipicità dell'illecito ex art. 2043 c.c., come ribadito dalla Cassazione con la sentenza n. 500/1999 in tema di risarcibilità degli interessi legittimi, eguale principio di atipicità non può essere affermato in tema di danno non patrimoniale.

²⁶⁰ G.d.p. di Bari, 22 dicembre 2003, in *Danno e Resp.* 2004, 880 ss., con nota di L. CAPUTI, *Liti bagatellari dal paradosso al parossismo: il danno da disappunto per illegittima introduzione di volantini pubblicitari nelle cassette della posta*, e G. CATALANO, *Di cassette per la corrispondenza piene e danno «esistenziale» derivante*.

²⁶¹ G.d.p. Roma, 11 luglio 2003, in *Giur. merito*, 2003, 2419 ss.; in *Danno e resp.*, 2004, 85 ss., con di L. DI BONA DE SARZANA, *Quando il telefono non squilla più: le corti di merito, i danni micro esistenziali e nuove funzioni del risarcimento*.

²⁶² G.d.p. Caserta, 10 maggio 2005.

²⁶³ G.d.p. Catania, 25 aprile 2003.

²⁶⁴ G.d.p. Massa, 17 novembre 2003.

²⁶⁵ G.d.p. Roma, 15 novembre 2003, in *Danno e resp.*, 2004, 1087 ss., con nota di P. LAGHEZZA, *Responsabilità della P.A. per insidia e trabocchetto*, secondo il quale "la condizione di stress e turbamento al quale sia sottoposto il pedone, costretto ad attraversare, più volte al giorno, un ponte sul cui marciapiede vi sia un continuo ed indisciplinato transito di motocicli, costituisce, "in re ipsa", un danno esistenziale alla libera estrinsecazione della personalità umana, risarcibile ex art. 2043 c.c., indipendentemente dal danno conseguenza".

²⁶⁶ G.d.p. Bari, 7 novembre 2003, in *Danno e resp.*, 2004, 626 ss.

²⁶⁷ Giudice di pace Napoli, 27 marzo 2006, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 11, 1923 ss. (s.m.), con nota di F. GRECO, *Quando il calcio vale una vita*.

²⁶⁸ Cassazione, 15 luglio 2005, n. 15022, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 7/8; vedi inoltre Cassazione, 5 novembre 2002, n. 15449, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 1906 ss; Cassazione, 9 novembre 2006, n. 23918, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 11; Cassazione, 20 aprile 2007, n. 9514, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 4; Cassazione, 20 aprile 2007, n. 9510, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 4; Cassazione, 27 giugno 2007, n. 14846, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2007, 12, 1290 ss.; Cassazione, 17 luglio 2006, n. 15760, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 7-8; cassazione, 19 maggio 2006, n. 11761, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 5.

Secondo, la lettura costituzionale dell'art. 2059 c.c. limita il risarcimento dei danni non patrimoniali ai casi previsti dalla legge ordinaria e a quelli di lesioni di specifici valori costituzionalmente garantiti della persona.

Terzo e ultimo punto, ne consegue che, ai fini dell'art. 2059 c.c., *“non può farsi riferimento a una generica categoria di danno esistenziale (dagli incerti e non definiti confini), poiché per questa via si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell'atipicità”*.²⁶⁹

Gli sforzi degli esistenzialisti sono confluiti tutti nella ricerca e nelle elaborazioni di specifiche ipotesi di valori costituzionali che potessero integrare il requisito dell'ingiustizia costituzionalmente qualificata.

E così si è affermato che il risarcimento del danno non patrimoniale, fuori dalle ipotesi di cui all'art. 185 c.p. e dalle altre minori ipotesi legislativamente previste, attiene solo a ipotesi specifiche di valori costituzionali garantiti come ad esempio la salute, la famiglia, la reputazione, la libertà di pensiero. La lesione di uno di tali valori provoca non *“un generico danno non patrimoniale “esistenziale” ma un danno da lesione di uno specifico valore di cui al referente costituzionale”*²⁷⁰.

5. L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.

Il perdurare dei contrasti, sia in dottrina che in giurisprudenza, sugli aspetti morfologici e funzionali del danno non patrimoniale ha fatto sì che la Corte di Cassazione intervenisse con una pronuncia a sezioni unite, trattandosi di una questione di particolare rilevanza.

Ed infatti, con ordinanza interlocutoria del 25 febbraio 2008, n. 4712 la terza sezione della Suprema Corte ha prospettato una serie di quesiti che di seguito si riportano²⁷¹.

1) *Rispetto alla tripartizione delle categorie del danno non patrimoniale operata dalla corte costituzionale nel 2003, è lecito ed attuale discorrere, a fianco del danno morale soggettivo e del danno biologico, di un danno esistenziale, con esso intendendosi il danno derivante dalla lesione di valori/interessi costituzionalmente garantiti, e consistente nella lesione al fare a-reddituale del soggetto, diverso sia dal danno biologico (cui imprescindibile presupposto resta l'accertamento di una lesione medicalmente accertabile) sia dal danno morale soggettivo (che attiene alla sfera dell'intimo sentire)?*

2) *I caratteri morfologici del danno “esistenziale” così rettamente inteso consistono nella gravità dell'offesa, del diritto costituzionalmente protetto (come pur postulato da autorevole dottrina), ovvero nella gravità e durezza delle conseguenze dannose scaturenti dal comportamento illecito?*

²⁶⁹ Cassazione, 15 luglio 2005, n. 15022, cit.

²⁷⁰ Cassazione, 15 luglio 2005, n. 15022, cit.

²⁷¹ Ordinanza, 25 febbraio 2008, n. 4712, in *Danno e resp.*, 2008, 5, 553, con nota di G. PONZANELLI, *Il danno non patrimoniale tra lettura costituzionale e tentazioni esistenziali: la parola alle sezioni unite*; e M. BONA, *La saga del danno esistenziale verso l'ultimo CIAK*.

3) Va dato seguito alla teoria che distingue tra una presunta “atipicità dell’illecito patrimoniale” rispetto ad una presunta “tipicità del danno non patrimoniale” (Cass. 15022/2005, secondo la quale, come si è già avuto modo di ricordare in precedenza, mentre per il risarcimento del danno patrimoniale, con il solo riferimento al danno ingiusto, la clausola generale e primaria dell’art. 2043 c.c. comporta un’atipicità dell’illecito, eguale principio di atipicità non può essere affermato in tema di danno non patrimoniale risarcibile che sarebbe, dunque, tipico in quanto la struttura dell’art. 2059 c.c. limita il risarcimento del danno non patrimoniale ai soli casi previsti dalla legge), o va piuttosto precisato che quello della atipicità dell’illecito - di cui alla Generalklausel dell’art. 2043 - è concetto riferibile all’evento di danno, inteso (secondo la migliore dottrina che si occupa dell’argomento fin dagli anni 60) come lesione di una situazione soggettiva giuridicamente tutelata, e giammai come conseguenza dannosa dell’illecito, sì che il parallelismo con la (pretesa, ma non dimostrata) “tipicità del danno non patrimoniale” parrebbe confondere, anche rispetto a tale ultima fattispecie, il concetto di evento di danno con quello di conseguenza dannosa dell’evento?

4) Deve, ancora, darsi seguito all’orientamento, espresso da Cass. n. 23918 del novembre 2006, secondo il quale il dictum di cui alla sentenza a sezioni unite di questa corte del precedente mese di marzo doveva intendersi limitato, quanto al riconosciuto danno esistenziale, al solo ambito contrattuale, ovvero affermarsi il più generale principio secondo cui il danno esistenziale trova cittadinanza e concreta applicazione tanto nel campo dell’illecito contrattuale quanto in quello del torto aquiliano?

5) A quale tavola di valori/interessi costituzionalmente garantita pare corretto riferirsi, oggi, per fondare una legittima richiesta risarcitoria a titolo di danno esistenziale? In particolare, un danno che non abbia riscontro nell’accertamento medico, ma incida tuttavia nella sfera del diritto alla salute inteso in una ben più ampia accezione (come pur postulato e predicato in sede sovranazionale) di “stato di completo benessere psico-fisico” può dirsi o meno risarcibile sotto una autonoma voce di danno esistenziale da lesione del diritto alla salute di tipo non biologico

dacché non fondato su lesione medicalmente accertabile? (la questione trova una sua possibile, concreta applicazione, tra le altre, nella vicenda dell’uccisione dell’animale di affezione, di cui sopra si è dato cenno);

6) Quali sono i criteri risarcitori cui ancorare l’eventuale liquidazione di questo tertium genus di danno onde evitare illegittime duplicazioni di poste risarcitorie? Possono all’uopo soccorrere, in parte qua (come accade per il danno morale soggettivo) le tabelle utilizzate per la liquidazione del danno biologico, ovvero è necessario provvedere all’elaborazione di nuove ed autonome tabelle?

7) Quid iuris, ancora, in ordine a quella peculiare categoria di danno cd. “tanatologico” (o da morte immediata), la cui risarcibilità è stata costantemente esclusa dalla giurisprudenza tanto costituzionale quanto di legittimità, ma che pare aver ricevuto un

primo, espresso riconoscimento, sia pur a livello di mero obiter dictum, con la sentenza n. 15760 del 2006 della III sezione di questa corte?

8) Quali sono, in concreto, gli oneri probatori e gli oneri di allegazione posti a carico del danneggiato che, in giudizio, invochi il risarcimento del danno esistenziale (il problema si è posto in tutta la sua rilevanza in fattispecie quali quella dell'uccisione di un figlio minore: la relativa domanda risarcitoria è stata, difatti, negata, con riferimento al caso di specie, da Cass. 20987/2007, proprio in relazione ad una vicenda di uccisione di una giovanissima figlia, per insufficiente allegazione e prova, da parte dei genitori/attori, della relativa situazione di danno diversa da quella relativa al danno morale soggettivo e da quella psicofisica di danno biologico).

Le sezioni unite sono altresì chiamate a dare conferma (o, eventualmente, a precisare o modificare), sulla base della propria stessa giurisprudenza, in ordine ad alcune ulteriori proposizioni, che possono così sintetizzarsi:

1) il danno patrimoniale è risarcibile ex art. 2043 c.c., quello non patrimoniale secondo il combinato disposto degli artt. 2043 + 2059 c.c.;

2) la categoria del danno patrimoniale si articola nelle due sottovoci del lucro cessante e del danno emergente;

3) la categoria del danno non patrimoniale si articola a sua volta in un sottosistema composto dal danno biologico in senso stretto, dal danno esistenziale, dal danno morale soggettivo;

4) il danno biologico e il danno esistenziale hanno morfologia omogenea (entrambi integrano una lesione di fattispecie costituzionali, quella alla salute il primo, quelle costituite da “valori/interessi costituzionalmente protetti” il secondo) ma funzioni diversificate (anche per volontà del legislatore ordinario), con conseguenti differenze sul piano dei parametri valutativi delle poste risarcitorie;

5) in particolare, il danno esistenziale attiene alla sfera del fare a-reddituale del soggetto, e si sostanzia nella lesione di un precedente “sistema di vita”, durevolmente e seriamente modificato, nella sua essenza, in conseguenza dell'illecito;

6) il danno morale soggettivo si caratterizza, invece, per una diversa ontogenesi, restando circoscritto nella sfera interiore del sentire, mai destinata all'obbiettiva esteriorizzazione;

7) tanto il danno esistenziale quanto il danno morale soggettivo sono incondizionatamente risarcibili entro i limiti della riserva di legge di cui all'art. 2059 c.c.;

8) tanto il danno esistenziale quanto il danno morale soggettivo sono risarcibili anche oltre quei limiti se (e solo se) il comportamento del danneggiante abbia inciso su valori/interessi costituzionalmente tutelati (e il superamento del limite della riserva di legge vale tanto per

l'una quanto per l'altra categoria di danno, come si legge testualmente nella sentenza 8828/2003 della S.C.);

9) tanto il danno esistenziale quanto il danno morale soggettivo sono risarcibili se (e solo se) di entrambi il danneggiato fornisca la prova (anche mediante allegazioni e presunzioni), non esistendo, nel nostro sottosistema civilistico, “danni in re ipsa”.

La risposta delle sezioni unite, arrivata nello stesso anno di emanazione dell’ordinanza di rimessione, sebbene non soddisfi tutti i quesiti posti alla sua attenzione ha fornito, per quanto interessa questa parte della trattazione, indicazioni di particolare importanza relativamente alla rilettura costituzionale del sistema risarcitorio del danno non patrimoniale e all’autonomia della categoria risarcitoria del danno esistenziale²⁷².

Le Sezioni Unite dichiarano di condividere la lettura costituzionalmente orientata data dalle sentenze n. 8827 e n. 8828 del 2003 all’art. 2059 c.c. nella parte in cui affermano che, in virtù della posizione preminente acquisita dalla Costituzione che tutela i diritti inviolabili dell’uomo, il danno non patrimoniale deve essere inteso nella sua accezione più ampia di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica.

La Suprema Corte parte proprio da questo assunto per proseguire e completare il percorso interpretativo, inaugurato qualche anno addietro, nei termini che seguono.

²⁷² Vedi per i commenti alle sezioni unite, C. AMATO, *I primi passi del danno non patrimoniale per inadempimento contrattuale dopo le Sezioni Unite di San Martino*, in *Danno e resp.*, 2009, 7, 771 ss.; F.D. BUSNELLI, *Le sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 1, 97 ss.; C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, 1, 5 ss.; P. CENDON, *L’araba fenice: più vivo che mai il danno esistenziale presso i giudici italiani*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2010, 1, 1 ss.; G. COMANDÉ, *Un’ autentica estensione di tutela che cancella solo «diritti immaginari»*, in *Guida dir.*, 2008, 47, 34, nota a Cass. Civ., SS. UU. 24/6/2008, n. 26972; G. CHRISTANDL, *Il danno esistenziale e la funzione nomofilattica della Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, f. 4.; A. DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale l’esito?*, in *Corr. giur.*, 2009, 3, 410 ss.; M. DI MARZIO, “*Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite*”, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 117 ss.; F. R. FANTETTI, *Diritto di autodeterminazione e danno esistenziale alla luce della recente pronuncia delle sezioni unite della cassazione*, in *Resp. civ.*, 2009, 1, 75 ss.; M. FRANZONI, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 2009, 1 ss.; ID., *Il danno morale e il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Resp. civ.*, 2009, 7, 581 ss.; G. GRISI, *Il danno (di tipo esistenziale) e la nomofilachia « creativa » delle sezioni unite*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 3, 379 ss.; S. LANDINI, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SS.UU. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*, in *Danno e resp.*, 2009, 1, 45 ss.; A. MAIETTA, *La resurrezione del danno esistenziale dopo le sezioni unite*, in *Il Corriere del Merito* 2009, 3, 264 ss.; L. PAPI, *Riflessioni medico-legali sulle sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione Civile, 11 Novembre 2008, n. 26972-3-4-5*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 3, 2009 ss.; R. PARTISANI, *Il danno esistenziale al vaglio delle sezioni unite*, in *Resp. civ.*, 2008, 6, 502 ss.; S. PATTI, *Le sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *Corriere giur.*, 2009, 3, 415 ss.; G. PONZANELLI, *Il danno non patrimoniale tra lettura costituzionale e tentazioni esistenziali: la parola alle sezioni unite*, in *Danno e resp.*, 2008, 5, 558 ss.; ID., *Conferme e incertezze della Cassazione dopo le Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2009, 7, 761 ss.; ID., *Dopo le decisioni delle sezioni unite: le «reali» divergenze tra esistenzialisti e antiesistenzialisti*, in *Studi in onore di G. Cian*, tomo II, Padova 2010, 2039 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un “De Profundis” per il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2009, 1, 32 ss.; M. ROSSETTI, *Post nubila phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza delle sezioni unite n. 26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale*, in *Giust. civ.*, 2009, 4-5, 930 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.* 2009 n. 2; C. SGANGA, *Le Sezioni Unite e l’art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*, in *Danno e resp.*, 2009, 1, 50 ss.; G. VANACORE, *Danno esistenziale da stress et similia: prima, durante, dopo ed oltre Cass. 26972/2008*, in *Resp. civ.*, 2009, 4, 309 ss.; P. ZIVIZ, *Danno non patrimoniale: mossa obbligata per le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 5, 1011 ss.

In primo luogo l'art. 2059 c.c. non costituisce una distinta e autonoma fattispecie di danno ma postula l'esistenza di tutti gli elementi richiesti dall'illecito extracontrattuale ex art. 2043 c.c. Tali elementi consistono nella condotta, nel nesso di causalità che lega la condotta all'evento lesivo, nel c.d. danno evento connotato dall'ingiustizia e nel danno conseguenza²⁷³.

In secondo luogo, l'art. 2059 c.c. rappresenta una norma di rinvio. Ed infatti, ad avviso della Corte, l'ambito della risarcibilità del danno non patrimoniale è segnato per un verso dalle norme di legge che prevedono siffatta tutela, per altro verso dagli altri casi di "lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione".

L'attribuzione all'espressione *danno non patrimoniale* di un significato ampio e comprensivo di ogni lesione di interessi privi di rilevanza economica ha permesso di riportare il sistema risarcitorio nell'ambito della bipolarità prevista dal vigente codice civile tra danno patrimoniale (risarcibile ex art. 2043 c.c.) e danno non patrimoniale (risarcibile ex art. 2059 c.c.). Difatti, attraverso la lettura costituzionalmente orientata ed il conseguente ampliamento della categoria del danno non patrimoniale, è stato colmato quel vuoto di tutela da lungo tempo ormai percepito e denunciato sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza. In particolare, diventano inutili e non più necessarie le strategie escogitate per sfuggire alle limitazioni previste dall'art. 2059 c.c.²⁷⁴.

In terzo luogo, la Suprema Corte precisa che all'interno del rinnovato sistema bipolare le due ipotesi risarcitorie sono strutturalmente uguali, comprensive della condotta, del nesso di causalità, dell'evento di danno e del danno conseguenza. L'unica differenza si rinviene in punto di evento dannoso cioè di lesione dell'interesse protetto. A questo

²⁷³ Il danno da risarcire, secondo l'opinione consolidata è il c.d. danno conseguenza cioè il pregiudizio derivante dalla lesione dell'interesse protetto meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Vedi a questo proposito Corte Cost. 27 ottobre 1994, n. 372, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 406 ss.; Cassazione, sezioni unite, 11 gennaio 2008, n. 576, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 1, 31 ss.; Cassazione civile, sezioni unite, 11 gennaio 2008, n. 581, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 4, 827 ss. (con nota di Greco); Cassazione civile, sezioni unite, 11 gennaio 2008, n. 582, in *Foro it.*, 2008, 2, 453 ss.; Cassazione civile, sezioni unite, 11 gennaio 2008, n. 584, in *Foro it.*, 2008, 2, 451 ss.

²⁷⁴ Negli anni ottanta sia la Corte di Cassazione sia la Corte Costituzionale avevano cercato di disegnare un sistema risarcitorio tripolare formato dal danno patrimoniale, non patrimoniale e da un tertium genus di danno collocato nell'ambito dell'art. 2043 c.c. Si ricordi in particolare la sentenza della Corte di Cassazione n. 6607 del 1986: in tale occasione i giudici di legittimità avevano ammesso la risarcibilità del danno subito dal marito per l'impossibilità di avere rapporti sessuali con la moglie in conseguenza di un'infezione alle vie genito-urinarie a quest'ultima causata da un errato intervento di un medico. Venne affermato il principio di diritto secondo il quale il risarcimento del danno rappresenta "il modo di riparazione di quel diritto della persona, qualificabile come danno, che non è né patrimoniale né non patrimoniale, comunque rientrante nella previsione dell'art. 2043 c.c."

Peraltro tale tesi trovava un'autorevole precedente in dottrina nella tesi di R. Scognamiglio che aveva individuato nel danno personale una figura autonoma e distinta rispetto a quella del danno morale risarcibile ex art. 2043 c.c.

La Suprema Corte ribadì tale orientamento anche dieci anni dopo con la sentenza n. 4671/1996 decidendo un'analoga questione ed affermando che l'art. 2043 c.c. stabiliva in via immediata la risarcibilità del complessivo "valore" della persona nella sua proiezione non solo economica ed oggettiva, ma anche soggettiva; venne risarcito di conseguenza il pregiudizio al diritto di ciascun coniuge di avere rapporti sessuali con l'altro, diritto avente come contenuto un aspetto della personalità di ciascun coniuge.

proposito si distingue tra danno patrimoniale atipico, risarcibile ogniqualvolta venga lesa un interesse giuridicamente rilevante, e danno non patrimoniale tipico risarcibile nei casi determinati dalla legge oppure nei casi in cui si verifichi la lesione di un diritto inviolabile della persona²⁷⁵.

Da quanto appena riferito la risarcibilità del danno non patrimoniale, pertanto, postula, sul piano dell'ingiustizia, la selezione degli interessi dalla cui lesione consegue il danno.

Tale selezione avviene, per un verso, a livello normativo e, per altro verso, in via di interpretazione da parte del giudice il quale è “*chiamato ad individuare la sussistenza, alla stregua della Costituzione, di uno specifico diritto inviolabile della persona necessariamente presidiato dalla minima tutela risarcitoria*”²⁷⁶.

I casi individuati dal giudice (che si concretizzano in specifici casi determinati dalla legge al massimo livello costituito dalla Costituzione), in particolare, non costituiscono un numero chiuso in quanto è consentito all'interprete di rinvenire nel sistema costituzionale “*indici idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana*”²⁷⁷.

Secondo parte della dottrina la contrapposizione tra tipicità del danno non patrimoniale e atipicità del danno patrimoniale sarebbe venuta meno a partire dalle sentenze gemelle della Corte di Cassazione nn. 8827-8828/2003. I casi nei quali vengono lesi interessi di rango costituzionale, difatti, non sono considerati un *numerus clausus* ma richiamano l'idea di un catalogo di posizioni soggettive in continua evoluzione in virtù del riferimento all'art. 2 Cost. interpretato non come norma di mero rinvio bensì come clausola aperta capace di adattarsi alla mutevole coscienza sociale di un determinato contesto storico²⁷⁸.

²⁷⁵ Sotto questo profilo esprimono dubbi G. VETTORI, *Il danno non patrimoniale fra illecito e contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 2; 235 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Danni alla persona e danno morale*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 3; V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 287, il quale individua, all'interno del processo evolutivo della responsabilità civile molteplici zone d'ombra fra le quali rientra “*la subordinazione della tutela aquiliana del danno alla persona alla rilevanza costituzionale dell'interesse lesa anziché alla semplice rilevanza giuridica dello stesso come invece per il danno al patrimonio*”.

²⁷⁶ È dell'avviso che il riferimento operato dalle sezioni unite del 2008 ai diritti inviolabili costituirebbe uno “*strappo*” con le sentenze gemelle del 2003 nonché con la Corte Cost. 233/2003 che avevano fatto riferimento ad interessi di rango costituzionale, G. FACCI, *Il danno non patrimoniale dopo le sentenze dell'11.11.2008*, cit., 53.

²⁷⁷ Cassazione, 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 11, 1607 ss.

²⁷⁸ S. PATTI, *Le sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, cit., 418.

L'A. dubita della esattezza della distinzione tipicità/atipicità alla luce di un'altra considerazione che attiene questa volta alla ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. Ed infatti, poiché anche il danno ingiusto si risolve nella lesione di un diritto soggettivo o almeno di un interesse legittimo, ne consegue che sarebbe teoricamente possibile, in un preciso momento storico, individuare tutti gli interessi tutelati in quanto tipizzati attraverso il riferimento ad una norma che ne preveda la tutela. Vi sarebbe di conseguenza la possibilità di equiparare il sistema di selezione degli interessi tutelabili sia nel caso dei danni patrimoniali sia nel caso di quelli non patrimoniali.

Diversamente, altra parte della dottrina ritiene che il principio di tipicità dei danni non patrimoniali evochi un processo di “tipizzazione”, opera del “diritto vivente”²⁷⁹ prima ancora che del “diritto vigente”, iniziato con il danno morale soggettivo, proseguito con il danno biologico ed arrivato al danno (spesso definito come danno esistenziale) derivante dalla lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona²⁸⁰.

La seconda importante questione affrontata dalla Suprema Corte riguarda nello specifico la figura del danno esistenziale. Ci si era domandati se nell’ambito della tutela risarcitoria del danno non patrimoniale questa figura potesse inserirsi come categoria autonoma di danno.

Per rispondere a tale domanda ai giudici è parso opportuno ripercorrere le principali tappe storiche della vicenda di tale danno al fine di evidenziare le ragioni che ne hanno determinato la nascita.

Ebbene, il danno esistenziale nasceva con il dichiarato intento di ampliare la tutela risarcitoria per quei pregiudizi di natura non patrimoniale incidenti sulla persona diversi dal danno biologico (integrità psicofisica) e dal danno morale soggettivo (sofferenza interiore). Ci si riferiva in particolare a tutti quei casi in cui il fatto illecito limitava le attività realizzatrici della persona umana obbligandola ad adottare nella vita di tutti i giorni comportamenti diversi da quelli tenuti in precedenza. Il pregiudizio era individuato nell’alterazione della vita di relazione, nella perdita di qualità della vita, nella compromissione della dimensione esistenziale della persona.

Dello stesso avviso G. FACCI, *Il danno non patrimoniale dopo le sentenze dell’11.11.2008*, cit., 53, il quale rileva che la struttura aperta dell’art. 2 Cost. appare incompatibile con il principio di tipicità del danno non patrimoniale; A. DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale l’esito?*, cit., 412, secondo il quale “una volta de-privata la forza dell’art. 2059 del suo ancoraggio ai “casi previsti dalla legge”, e garantitone, per altra via, il rispetto (ma) a livello di “danno ingiusto” e/o meglio di “ingiustizia costituzionalmente qualificata”, un principio di atipicità può sortire di rimbalzo, com’è avvenuto per il “danno ingiusto” ex art. 2043 sul terreno patrimoniale (dai diritti di credito alla violazione di doveri imposti dalla solidarietà)”; F. BILOTTA, *I pregiudizi esistenziali: il cuore del danno non patrimoniale dopo le S.U. del 2008*, in *Resp. civ.*, 2009, 1, 50, il quale osserva come la Suprema Corte cada in contraddizione quando dopo avere precisato che è la lesione e non il pregiudizio ad essere tipica, sostiene che l’art. 2 Cost. è una clausola aperta che risente dei mutamenti sociali; ed ancora A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le sezioni unite*, in *Danno e resp.*, 2009, 1, 37, secondo il quale “sembra contraddittorio voler coniugare la pretesa “tipicità” dei “diritti inviolabili” con l’affermazione, secondo la quale l’art. 2 Cost. è clausola generale aperta, regola direttamente applicabile ai rapporti intersoggettivi, norma di formalizzazione del valore unitario della persona”.

²⁷⁹ Si vedano cassazione, 31 maggio 2003, nn. 8827-8828, in *Danno e resp.*, 2003, 8-9, 816 ss., e Corte Cost. 233/2003, in *Corr. giur.*, 2003, 8, 1028 ss.

²⁸⁰ Così F. D. BUSNELLI, *Le sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 1, 107, il quale interpreta il principio di tipicità come un criterio idoneo a distinguere la risarcibilità dei danni non patrimoniali da quella dei danni patrimoniali e costretto a convivere con ampi margini di atipicità; il riferimento, infatti, che la Suprema Corte ha fatto al parametro della *realtà sociale* consente ai sensi dell’art. 2 Cost. un’apertura.... ad un processo evolutivo.

Tipicità dunque non nel senso “contrattuale” del termine, bensì quale criterio idoneo alla costruzione di un modello omogeneo di danno non patrimoniale in grado di allinearsi alla società grazie alla continua opera di adeguamento degli organi giurisdizionali.

Tale figura veniva collocata sistematicamente, da dottrina e giurisprudenza, nell'ambito dell'art. 2043 c.c. in modo da sfuggire alle limitazioni cui dava luogo l'art. 2059 c.c.

I sostenitori di tale indirizzo venivano accusati di confondere il piano del pregiudizio da riparare con quello dell'ingiustizia da dimostrare. La nuova figura, infatti, si limitava alla sola descrizione delle conseguenze senza indicare l'interesse protetto giuridicamente rilevante.

Dopo avere sottolineato i termini nei quali viveva il danno esistenziale la Suprema Corte afferma che se la figura era nata dall'esigenza di colmare un vuoto di tutela, con la nuova lettura costituzionalmente orientata tale vuoto è stato colmato.

Si ribadisce che il danno non patrimoniale costituisce categoria unitaria non suscettiva di suddivisione in sottocategorie. Il riferimento a determinati tipi di pregiudizio risponde ad esigenze descrittive e non implica il riconoscimento di autonome categorie di danno²⁸¹.

Negata quindi l'autonomia ontologica della figura di danno in questione²⁸², la Corte individua i criteri in base ai quali poter invocare la tutela risarcitoria del danno alla persona.

Il risarcimento del danno non patrimoniale è consentito qualora si traduca nella lesione di diritti costituzionali inviolabili. *“Il diritto deve essere inciso oltre una soglia minima (gravità dell'offesa), cagionando un pregiudizio serio. La lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza”*²⁸³.

²⁸¹ Secondo F. BILOTTA, *I pregiudizi esistenziali: il cuore del danno non patrimoniale dopo le S.U. del 2008*, in *Resp. civ.*, 2009, 1, p. 46, *“distinguere due differenti pregiudizi (anche se solo a fini descrittivi) è utile (e continuerà ad esserlo) soprattutto al momento della quantificazione del danno, perchè se non si analizzano separatamente gli aspetti idiosincratici (allegati dalla parte e rigorosamente provati), si rischia di sottostimare il risarcimento del danno non patrimoniale effettivamente patito dalla vittima in spregio al principio più volte ricordato dalla Corte dell'integrale risarcimento”*.

²⁸² La Suprema Corte, in verità, nega dignità concettuale di autonoma categoria di danno non soltanto al c.d. danno esistenziale ma anche al danno biologico e al danno morale. Difatti così si esprime: *“è solo a fini descrittivi che...nel caso di lesione del diritto alla salute (art. 32 Cost.), si impiega un nome, parlando di danno biologico”*; *“Ed è ancora a fini descrittivi che, nel caso di lesione dei diritti della famiglia artt. 2, 29 e 30 Cost.), si utilizza la sintetica definizione di danno da perdita del rapporto parentale”*; *“In tal senso, e cioè come mera sintesi descrittiva, vanno intese le distinte denominazioni (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale) adottate dalle sentenze gemelle del 2003, e recepite dalla sentenza, n. 233/2003 della Corte Costituzionale”*.

²⁸³ La Suprema Corte, nel subordinare la risarcibilità del danno non patrimoniale, fuori dei casi previsti dalla legge, alla gravità dell'offesa, mostra di accogliere i suggerimenti della Scuola Pisana. In particolare si veda F.D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2003, 8-9, 827, il quale sosteneva, all'indomani delle sentenze gemelle del 2003, che *“la riparazione del danno non patrimoniale... è certamente configurabile...senza «specifici limiti»...ma a condizione che «la gravità dell'offesa la giustifichi»*; ID., *Le sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.* 2009, 1, 104 s.; G. PONZANELLI, *Non c'è bisogno del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2003, 5, 550 s. Si veda, inoltre, in giurisprudenza, l'importante sentenza del Tribunale di Bergamo, 24 febbraio 2003, in *Danno e resp.*, 2003, 5, 549 ss., che giustifica il ricorso all'entità dell'offesa richiamandosi alla nota distinzione tra la funzione compensativa del risarcimento del danno patrimoniale ex art. 2043 c.c. e quella satisfattivo-punitiva del risarcimento del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. Nel primo caso, il pregiudizio è suscettibile di compensazione perché è misurabile con parametri (monetari) di carattere oggettivo, e quindi è possibile riportare il danneggiato nella medesima situazione in cui si sarebbe trovato se

“Il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima e quello di tolleranza²⁸⁴, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile”.

I requisiti della gravità dell’offesa e della serietà del danno devono essere accertati dal giudice secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico²⁸⁵.

La Corte chiarisce che quanto da essa statuito ha pieno valore anche nei giudizi di equità del giudice di pace, poiché la norma nella sua versione costituzionalmente orientata costituisce principio informatore della materia in tema di risarcimento del danno non patrimoniale alla persona²⁸⁶.

L’impianto teorico così descritto si ripercuote sul piano del risarcimento del danno che dovrà essere integrale (nel senso che deve ristorare interamente il pregiudizio subito), ma non duplicato (attraverso il riferimento a voci di danno prive di autonomia).

Per garantire quindi un’esatta quantificazione del danno i giudici si sono espressi nei termini che seguono: a) in presenza di un reato si deve risarcire la sofferenza morale senza ulteriori connotazioni in termini di durata e purché ad essa non seguano degenerazioni di carattere patologico; b) in quest’ultima evenienza il giudice procederà a liquidare il danno biologico appositamente personalizzato; c) danno morale e danno da perdita del rapporto parentale non possono essere liquidati congiuntamente perché *“la sofferenza patita nel momento in cui è percepita e quella che accompagna l’esistenza del soggetto che l’ha subita altro non sono che componenti del complesso pregiudizio che va integralmente ed unitariamente ristorato”*²⁸⁷.

non si fosse verificato l’illecito; nel secondo caso, invece, si tratta di un pregiudizio incommensurabile non ristorabile per equivalente. Ecco perché, con riferimento al risarcimento del danno non patrimoniale, *“l’applicazione giurisprudenziale dell’art. 2059 c.c., appellandosi all’equità, trae la misura della riparazione da un elemento che pertiene non più alla dimensione del danno (incommensurabile) ma al piano del fatto (illecito): ovvero l’entità dell’offesa”*

²⁸⁴ Cassazione, 11 novembre 26972, cit.; riguardo al bilanciamento tra solidarietà e tolleranza si veda, in particolare E. Navarretta, *Il danno alla persona fra solidarietà e tolleranza*, in *Resp. civ. e prev.* 2001, 4-5, 789 ss.; EAD., *Danni non patrimoniali: il compimento della Drittwirkung e il declino delle antinomie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 86; EAD., *Art. 2059 c.c. e valori costituzionali: dal limite del reato alla soglia della tolleranza*, in *Danno e resp.*, 2002, 8-9, 865 ss.; M. FRANZONI, *Cosa è successo al art. 2059 c.c.?*, in *Resp. civ.*, 2009, I, 25, 26 e 27

²⁸⁵ Cassazione, 11 novembre 26972, cit.

²⁸⁶ Vedi a questo proposito Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 206, in *Guida al dir.*, 2004, n. 29, 50 ss., con nota di FINOCCHIARO, *L’equità del giudice di pace va ancorata ai principi cardine dell’ordinamento*; in *Foro it.*, 2007, I, 1365, con nota di RUGGIERI, *Il giudizio di equità necessario, i principi informatori della materia e l’appello avverso le sentenze pronunciate dal Giudice di Pace a norma dell’art. 113, 2° c., c.p.c.*; in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1149, con nota di P. PERLINGIERI, *Equità e ordinamento giuridico*; Cassazione, Sez. Un., 29 agosto 2008, n. 21934, in *Danno e resp.*, 2008, 12 1258 ss., con commento di G. PONZANELLI; in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2008, 12, 1395 ss., con nota di R. FOFFA, *«Lo stress dei tifosi da poltrona: danno esistenziale (ma ancora non si sa se rientri nei “principi informatori” della R.C.)»*.

²⁸⁷ Cassazione, 11 novembre 2008, n. 26972, cit., 4.9.

Sarà pertanto compito del giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato, individuare quali ripercussioni sul “*valore uomo*” si siano verificate e infine provvedere alla loro integrale riparazione evitando di operare inutili duplicazioni risarcitorie²⁸⁸.

²⁸⁸ Cassazione, 11 novembre 2008, n. 26972, cit., 4.8.

CAPITOLO SECONDO

LA RESPONSABILITÀ MEDICA NELLA PROSPETTIVA CONTRATTUALE

Sommario: **1.** L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. e l'estensione del risarcimento del danno non patrimoniale alla materia contrattuale **2.** La responsabilità medica: profili evolutivi **3.** La responsabilità della struttura sanitaria e del medico dipendente: il contatto sociale **4.** Obbligazioni di mezzi e di risultato: le implicazioni di una distinzione ormai superata **5.** L'informazione e il consenso nell'attività medica **6.** L'autonomia del diritto all'autodeterminazione **7.** La prospettiva contrattuale.

1. L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. e l'estensione del risarcimento del danno non patrimoniale alla materia contrattuale.

Per la prima volta la Corte di Cassazione a sezioni unite, con le sentenze nn. 26972-26975/2008, ha affrontato e risolto positivamente il tema del danno non patrimoniale derivante dall'inadempimento dell'obbligazione. Tema, questo, che era già stato dibattuto in dottrina ma che non ha mai trovato grande spazio in virtù di molteplici fattori che hanno influito negativamente sullo studio dei rapporti fra l'obbligazione e la persona.

Il danno non patrimoniale derivante dall'inadempimento dell'obbligazione, in particolare di quella avente fonte contrattuale²⁸⁹, è stato ritenuto tradizionalmente, sia in dottrina che in giurisprudenza²⁹⁰, non risarcibile. L'idea dell'irrisarcibilità era basata sull'assunto che il contratto potesse soddisfare solamente interessi di matrice economica.

²⁸⁹ Vedi a questo proposito F. MACARIO - C. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contratti*, 2010, 7, 701 ss.; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010; M. FRANZONI, *Il danno morale e il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Resp. civ.*, 2009, 7, 581 ss.; ID., *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 2009, 18 ss.; F. TESCIONE., *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008; EAD., *Il danno non patrimoniale da contratto: le apparenti asimmetrie sistemiche*, in *Danno e resp.*, 2009, 4, 373 s.; M. TESCARO, *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, in *Resp. civ.*, 2005, 8-9, 736 ss.; V. ROPPO, *Trattato del contratto*, I-VI, Milano, 2007; G. VETTORI, *Il danno non patrimoniale fra illecito e contratto*, in *Riv. dir. priv.* 2007, 2, 235 ss.; A. LIBERATI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Padova, 2004; C. AMATO, *Il danno non patrimoniale da contratto*, in *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, a cura di G. Ponzanelli, Padova, 2004; E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004; A. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962; V. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 212, 235, con ampi riferimenti alla dottrina francese; R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.* 1957, I, 313 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Danno non patrimoniale e inadempimento*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, 109 ss.; M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 127 ss.; A. DE CUPIS, *Il danno*, I, Milano, 1979, 127 ss.; F. BILOTTA, *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, in *Giur. it.*, 2001, 6, 1159 ss.; O. RAZZOLINI, *Tutela contrattuale e danno non patrimoniale nel rapporto di lavoro*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 6; A. DALMARTELLO, *Danni morali contrattuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, I, 33 ss.

²⁹⁰ Sotto il vigore del codice civile del 1865 la dottrina e la giurisprudenza erano pienamente concordi nell'escludere il risarcimento del danno morale in tema di colpa contrattuale (in questo senso vedi C. F. GABBA, *Risarcibilità dei danni morali*, in *Questioni di diritto civile*, II, 2^a ed., Torino 1911, 234 s.; L. COVIELLO, *L'articolo 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, 313 ss.; P. CARADONNA, nota a Appello Milano, 1920, in *Foro it.*, 1920, I, 554 ss. L'argomento

Depone in questo senso l'art. 1321 c.c. ai sensi del quale *“Il contratto è un accordo tra due o più parti diretto a costituire, modificare od estinguere un rapporto giuridico di carattere patrimoniale”*.

L'ostacolo principale, poi, si rinveniva nella mancanza, all'interno della disciplina contrattuale, di una norma analoga all'art. 2059 c.c. collocato nella sezione relativa ai fatti illeciti.

Tuttavia la dottrina favorevole alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento valorizzava, nelle proprie argomentazioni, l'art. 1174 c.c. ai sensi del quale se è vero che la prestazione deve essere suscettibile di valutazione economica è altresì vero che essa deve corrispondere ad un interesse anche non patrimoniale del creditore²⁹¹. Si precisava, inoltre, che valore della prestazione e danno risarcibile fossero entità diverse tra loro e che, di conseguenza, per un verso, la lesione di interessi non patrimoniali potesse dare luogo a conseguenze patrimoniali e, per altro verso, che la lesione di interessi patrimoniali potesse avere, per il creditore, conseguenze sul piano personale²⁹².

decisivo, ai fini dell'esclusione del risarcimento, era rappresentato dall'art. 1227 c.c. nel quale il termine *danno* era da intendersi in senso economico come perdita effettivamente sofferta e come lucro cessante.

Sostenevano l'opinione contraria A. MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale: (danno morale)*, Milano, 1917, P. CALAMANDREI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, 172 il quale non escludeva che l'affermazione contenuta nell'art. 185 c.p. potesse ripercuotersi oltre che sull'art. 1151 c.c. anche sulle norme concernenti il risarcimento dei danni in materia contrattuale; A. DALMARTELLO, *Danni morali contrattuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, 53 ss. secondo il quale *“per affermare che l'art. 1227 esclude la risarcibilità del danno morale contrattuale, occorre dimostrare che il legislatore ha tenuto presente questa specie di danni e li ha volutamente esclusi dal concetto di danno risarcibile, poiché se si trattasse di un'entità giuridica non preveduta e non considerata dal legislatore, allora è chiaro, che il non esser stata inclusa nell'idea di danno risarcibile, non implicherebbe di per sé esclusione del risarcimento”*.

Sotto il vigore del codice civile del 1942 si confermò l'orientamento sfavorevole al risarcimento del danno non patrimoniale contrattuale. Al tradizionale argomento relativo alla patrimonialità del contratto e della prestazione oggetto dell'obbligazione si aggiunse la considerazione che il nuovo articolo 2059 trovava applicazione, in ragione della sua collocazione sistematica, solamente nella materia extracontrattuale: vedi R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale, (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 315 s., secondo il quale *“l'art. 2059 si pone e risolve la questione dei danni morali proprio, e soltanto, nella sfera della responsabilità aquiliana”*.

²⁹¹ F. BILOTTA, *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, in *Foro it.*, 2001, II, 1159 ss. (nota a G.d.P. Milano, 18 dicembre 2000).

Sulla patrimonialità della prestazione oggetto dell'obbligazione vedi G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, 197 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, t. I, Milano, 1954, 51 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1990, 78 ss.; C. DONISI, *Verso la “depatrimonializzazione” del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 644 ss.; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato) a) Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, spec. 186; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. Parte generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1951, 33 ss. La dottrina si divide tra chi attribuisce alla patrimonialità una connotazione di carattere obiettivo e chi invece propende per un'accezione soggettiva in base alla quale la prestazione può avere valore economico solo per le parti; in quest'ultimo caso la prestazione è suscettibile di valutazione economica se le parti hanno mostrato di attribuirle un valore patrimoniale. In tale ultimo senso, tra l'altro, la Relazione al c.c. n. 557: *“la possibilità di valutazione economica non si ha soltanto se la prestazione abbia un intrinseco valore patrimoniale, ma anche quando lo riceva di riflesso dalla natura della controprestazione ovvero da una valutazione fatta dalle parti, come nel caso in cui si conviene una clausola penale”*.

²⁹² In questo senso M. GIORGIANNI, cit., 29, il quale sostiene che non vi sia correlazione tra la patrimonialità della prestazione e patrimonialità del danno prodotto dall'inadempimento e che di

La circostanza, però, che tale norma non fosse accompagnata da una correlata disciplina normativa sotto il profilo della responsabilità comportò un acceso dibattito in merito all'individuazione di una norma codicistica che potesse giustificare il risarcimento del danno non patrimoniale anche in ambito contrattuale.

A questo proposito si ritenne di poter utilizzare la regola dell'art. 2059 c.c. come ampio paradigma normativo, o per via analogica o per via diretta, sull'assunto che la norma fosse espressione di un principio di carattere generale²⁹³.

Si osservò, di contro, che la collocazione della norma nell'ambito della disciplina dei fatti illeciti poteva non essere casuale. Se, infatti, la responsabilità contrattuale si determina esclusivamente in base alle conseguenze dell'inadempimento dell'obbligazione ne consegue che la *rilevanza* e la *risarcibilità* del danno non patrimoniale non possono che dipendere dalla violazione di interessi non patrimoniali incidenti sull'economia del contratto ed influenti sulla definizione dei termini dello scambio²⁹⁴.

È stato, quindi, sostenuto che le norme di riferimento fossero quelle contenute negli articoli 1218 e 1223 c.c. dettate in materia di responsabilità per inadempimento dell'obbligazione²⁹⁵.

Fin da subito si levò l'obiezione in base alla quale la *perdita subita* cui fa riferimento l'art. 1223 c.c. si identifica chiaramente con un detrimento di carattere patrimoniale. La critica coglie nel segno. È storicamente indubitabile, infatti, che la norma avesse, al tempo dell'emanazione del codice civile, un significato esclusivamente patrimonialistico.

Tuttavia, i cambiamenti verificatisi nella società dal dopoguerra ad oggi, ed in particolare le nuove funzioni acquisite nel tempo dallo strumento contrattuale, soprattutto sul versante della realizzazione della personalità, hanno legittimato un'interpretazione alternativa più vicina al dettato costituzionale²⁹⁶.

conseguenza non si possa trovare il fondamento della necessità della patrimonialità della prestazione nella patrimonialità del danno. Sul punto anche G. CIAN, cit., 197, 227, il quale esclude che il debitore insoddisfatto abbia comunque diritto di ricevere, a titolo di risarcimento, il valore economico della prestazione dovutagli.

²⁹³ Tra coloro che hanno generalizzato la portata dell'art. 2059 c.c. vedi A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, cit., 133 ss.; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, Milano, 1948, 467 s.; A. ASQUINI, *Massime non consolidate in tema di responsabilità nel trasporto di persone*, in *Riv. dir. comm.* 1952, II, 9; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004, 530. *Contra* R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, cit. 315 s.

²⁹⁴ M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 127 ss.

²⁹⁵ Vedi a questo proposito G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 230 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutela: prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 224 ss.; M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 127 ss.

²⁹⁶ Vedi F. BILOTTA, *I pregiudizi esistenziali*, cit., 49, il quale, nel commentare le sentenze nn. 26972/26975 del 2008 afferma "le decisioni dimostrano prima di tutto e' che ormai la dimensione esistenziale e' entrata nel cuore della responsabilità civile a tal punto che, anche la causa del contratto, da sempre connotata per la sua caratura economica, oggi si colora di non patrimonialità al punto da essere la chiave di volta per il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento".

Si è prospettata, così, la possibilità di riconoscere il risarcimento del danno non patrimoniale sulla base del combinato disposto degli artt. 1174-1218-1223-1225-1229 c.c. Se, infatti, l'art. 1174 ammette che la prestazione oggetto dell'obbligazione possa soddisfare anche gli interessi non patrimoniali del creditore, ne deriva che un eventuale inadempimento, relativo od assoluto, possa compromettere la sua sfera giuridica anche sotto il profilo strettamente personale con conseguente risarcimento del danno non patrimoniale.

Si è ritenuto pertanto arbitrario escludere dall'ambito di operatività del rimedio risarcitorio contrattuale le concrete compromissioni non patrimoniali derivanti dall'inadempimento del debitore.

La giurisprudenza, dal canto suo, con l'intenzione di trovare una via di mezzo tra il dogma e le ragioni di giustizia sostanziale nei casi in cui oltre all'inadempimento fosse configurabile la lesione del principio del *neminem laedere*, aveva elaborato la teoria del cumulo delle azioni, contrattuale ed extracontrattuale, distinte in virtù della natura dei diritti in relazione ai quali sono accordate²⁹⁷.

A parte il fondamento dogmatico, ritenuto dubbio dalla Corte di Cassazione, la tesi del cumulo tuttavia non risolveva la questione del risarcimento del danno non patrimoniale in senso lato avendo questo una portata applicativa troppo angusta. Il risarcimento veniva, infatti, condizionato dalla qualificazione dell'inadempimento contrattuale come reato, e comunque era limitato al danno morale soggettivo, fatta eccezione per il danno biologico che grazie alla sentenza della Corte Costituzionale n. 184/1986 era stato ricondotto sotto l'egida dell'art. 2043 c.c.

Come già precisato, la dottrina più attenta, al fine di arginare l'estensione dell'illecito aquiliano, aveva ipotizzato la possibilità di creare una nuova disciplina del danno non patrimoniale contrattuale ammettendone la risarcibilità, senza fare ricorso all'art. 2059 c.c., ogni volta che un interesse non patrimoniale fosse violato dall'inadempimento di un contratto o di un obbligo legale²⁹⁸. Si osservava, infatti, che nel momento in cui due soggetti si vincolano attraverso la creazione di un rapporto giuridico, il criterio generale di

²⁹⁷ Per una visione di sintesi sul problema del cumulo vedi P. G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, Padova, 1989; in giurisprudenza il ricorso all'espedito del cumulo delle azioni risale agli anni trenta del secolo scorso. Una delle prime pronunce fu emanata dalla Corte di Appello di Milano l'11 maggio 1920, in *Foro it.*, 1920, I, 554 ss., con nota di P. CARADONNA; vedi anche Cassazione, 3 ottobre 1996, n. 8656, in *Danno e resp.* 1997, 258 ss., che regolava il caso del trasportato che aveva subito una lesione nella esecuzione del contratto di trasporto; Cassazione, 19 giugno 2001, n. 8331, in *Giust. civ. mass.* 2001, 1218 ss. emessa in materia di tutela del lavoratore.

²⁹⁸ G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano 1983, 230 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutela: prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 224 ss.; M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 127 ss.

prevenzione di cui all'art. 2043 c.c. non ha più ragione di applicarsi e devono, invece, trovar piena operatività i criteri speciali di protezione propri di quel rapporto²⁹⁹.

L'incremento massiccio degli esiti giudiziari riconducibili ad ipotesi di danno non patrimoniale contrattuale (diverse da quelle tradizionali relative al contratto di trasporto e di lavoro subordinato) e l'identificazione della vittima del medesimo danno nelle figure del contraente-creditore-consumatore-paziente in casi sempre più frequenti, hanno fatto sì che i risultati pratico-applicativi della riflessione sulla persona, iniziata negli anni settanta, cominciassero ad estendersi ad ambiti fino a poco tempo prima considerati di rilevanza esclusivamente economica³⁰⁰.

Hanno acquistato rilevanza, a causa delle nuove funzioni dello Stato nella società e delle trasformazioni economiche e sociali, i c.d. interessi post-acquisitivi insuscettibili di essere ridotti allo schema appropriativo di un bene patrimonialmente valutabile e che trovano il proprio momento di giuridificazione nell'ambito dei contratti o più in generale dei rapporti obbligatori³⁰¹. Il fenomeno della depatrimonializzazione ha avuto il punto di emersione più evidente nella nascita della figura del danno esistenziale proprio all'interno dell'ambito contrattuale³⁰².

Il rilievo sempre maggiore acquistato dagli interessi non patrimoniali, ed in particolare la loro presenza sempre più insistente e massiccia all'interno delle relazioni obbligatorie, ha contribuito a trasformare il diritto privato *da tecnica di regolamentazione di interessi riconducibili ad una logica di mercato a disciplina di interessi ascrivibili anche alla dimensione personale del creditore*³⁰³.

All'origine del disorientamento della vittima figurava sempre più spesso l'inadempimento di un'obbligazione preesistente non più destinata a soddisfare solamente gli interessi patrimoniali del soggetto-creditore, ma altresì i suoi interessi culturali, religiosi, morali, in generale non patrimoniali.

²⁹⁹ P.G. MONATERI, *Sezioni Unite: le nuove regole del danno esistenziale e il futuro della responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2006, 6, 794. Secondo G. VETTORI, *Il danno non patrimoniale fra illecito e contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 2, 253 ss. la tipologia del danno non patrimoniale caratterizza oramai contesti giuridici differenti (assenza di un rapporto fra danneggiante e danneggiato, relazione obbligatoria negoziale o legale), per cui sarebbe riduttivo operare con la sola categoria dell'illecito e quindi si dovrebbero utilizzare tutti gli strumenti di controllo e regolazione che l'ordinamento offre. Alla luce di ciò gli istituti della responsabilità e del contratto andrebbero ripensati in modo enucleare regole e rimedi adeguati ai tempi.

³⁰⁰ Vedi le osservazioni di G. VETTORI, *Il danno non patrimoniale fra illecito e contratto*, in *Riv. dir. priv.* 2007, 2, 235 ss. ha osservato che "nel contenuto dell'atto assume sempre più rilevanza la personalità del creditore (lavoratore, professionista) e la violazione di queste prerogative personali produce danni anche non patrimoniali".

³⁰¹ In questo senso F. MACARIO - C. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Il danno non patrimoniale contrattuale*, cit., 702.

³⁰² Si ricorda che uno dei primi casi di riconoscimento del danno esistenziale aveva ad oggetto l'ipotesi di demansionamento del lavoratore.

³⁰³ F. MACARIO, C. SCOGNAMIGLIO, *Danno non patrimoniale contrattuale*, cit., 702

A conferma di quanto detto si consideri, inoltre, come siano aumentati progressivamente i casi in cui la legge espressamente ha inserito interessi non patrimoniali nell'assetto contrattuale o previsto che un danno non patrimoniale possa essere risarcito³⁰⁴. Anzitutto vengono in rilievo le ipotesi tradizionali del contratto di lavoro subordinato e del contratto di trasporto di persone le cui norme di riferimento sono contenute rispettivamente negli articoli 2087 e 1681 c.c.

Il primo impone all'imprenditore di adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro.

Il contratto di trasporto, analogamente, prevede, tra le obbligazioni del vettore, la tutela dell'integrità fisica del trasportato durante il viaggio.

Altri importanti ed emblematici casi espressamente previsti dalla legge sono stati poi contemplati dal Codice del consumo di cui al d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206, che nel rispetto della Costituzione e dei principi contenuti nei trattati istitutivi delle Comunità europee, nel Trattato dell'Unione europea, nella normativa comunitaria e nei Trattati internazionali, si propone di armonizzare e riordinare le normative inerenti ai processi di acquisto e consumo al fine di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti³⁰⁵.

E proprio nell'ambito del Codice consumo e delle previsioni normative precedenti gli interpreti hanno cominciato ad enucleare una delle prime figure di danno non patrimoniale contrattuale denominato "*danno da vacanza rovinata*"³⁰⁶.

³⁰⁴ E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale contrattuale: profili sistematici di una nuova disciplina*, cit., 730 osserva come non esista, nel nostro sistema, alcun indice ermeneutico che giustifichi una corrispondenza biunivoca fra interesse non patrimoniale e danno non patrimoniale, sicchè la rilevanza del primo non garantisce la risarcibilità del secondo.

³⁰⁵ Il Codice contiene alcune importanti norme sulla responsabilità in tema di vendita di pacchetti turistici. L'art. 94 ("*Responsabilità per danni alla persona*") e 95 ("*Responsabilità per danni diversi da quelli alla persona*") prevede infatti la possibilità che dall'inadempimento o dall'inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico possa scaturire un danno alla persona che l'organizzatore o il venditore dovranno risarcire nei limiti stabiliti dalle convenzioni internazionali che disciplinano la materia e di cui sono parte l'Italia e l'Unione europea. Gli antecedenti normativi di tali previsioni si rinvencono negli art. 14 e 15 del d.lgs. del 17 marzo 1995, n. 111, che riconoscevano la risarcibilità del danno alla persona derivante da inadempimento nei limiti delle convenzioni internazionali, in particolare della Convenzione di Varsavia del 12 ottobre 1929 sul trasporto aereo internazionale (resa esecutiva con legge 19 maggio 1932, n. 841), della Convenzione di Berna del 25 febbraio 1961 sul trasporto ferroviario (resa esecutiva con legge 2 marzo 1963, n. 806), della Convenzione di Bruxelles del 23 aprile 1970 (resa esecutiva con legge 27 dicembre 1977, n.1084).

Degno di nota è anche l'art. 92 ("*Diritto del consumatore in caso di recesso o annullamento del servizio*") del medesimo Codice, il quale fa salvo il diritto del consumatore ad essere risarcito "di ogni ulteriore danno dipendente dalla mancata esecuzione del contratto".

³⁰⁶ Sul danno da vacanza rovinata vedi R.v. JHERING, *De l'intérêt dans les ontrats, et de la prétendue nécessité de la valeur patrimoniale des prestations obligatoires*, in *Oeuvres choisies*, II, Parigi, 1893, 199, il quale, nel suo saggio sull'interesse nelle obbligazioni, utilizza proprio l'esempio del viaggiatore insoddisfatto; Trib. Roma, 6 ottobre 1989, in *Resp. civ. e prev.*, 1991, 512 ss.; Tribunale Bologna, 15.10.1992, in *Contratti*, 1993, 327, con nota di AMBANELLI, *La responsabilità dell'intermediario nel contratto di viaggio*; Pret. Roma, 11 dicembre 1996, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 875 ss., con nota di V. ZENO ZENCOVICH, *Il danno da vacanza rovinata: questioni teoriche e prassi applicative*; A. SPANGARO, *Il*

La questione del danno non patrimoniale contrattuale ha trovato, già da tempo, pieno riconoscimento nella prospettiva del diritto privato europeo nel quale la regola dell'irrisarcibilità sembra definitivamente superata. In tal senso l'art. 7.4.2 dei Principi Unidroit in base al quale "il danno può essere di natura non pecuniaria e comprende, per esempio, la sofferenza fisica e morale"; l'art. 9:501 dei Principi di diritto europeo che sancisce che il danno risarcibile comprende il danno non patrimoniale e il danno futuro che è ragionevolmente prevedibile; ed infine l'art. 3:701 del Draft Common Frame of Reference³⁰⁷ (comune quadro di riferimento europeo) il quale afferma che il danno non economico include i dolori, le sofferenze e la perdita della qualità della vita³⁰⁸.

Da non dimenticare, sempre in una prospettiva europea, l'importante contributo apportato, in tema di rapporti fra contratto e lesione di interessi non patrimoniali, dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea che con la nota pronuncia 12 marzo 2002, n. C168/00, resa in sede di interpretazione dell'art. 5 della direttiva 90/314/CEE, ha espressamente riconosciuto il diritto del consumatore al "risarcimento anche del danno morale derivante

danno non patrimoniale da contratto: l'ipotesi del danno da vacanza rovinata, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 3, 719 ss.; S. CATERBI, *Il danno esistenziale da vacanza rovinata*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 6; G. GLIATTA, *La responsabilità degli operatori turistici nell'ambito del c.d. danno da vacanza rovinata*, in *Resp. civ.*, 2008, 4, 358; F. ZAMBONIN., *Danno esistenziale da vacanza rovinata*, in *Il Giudice di pace* 2009, 4, 328 ss.; C. CARRASSI, *Il risarcimento da vacanza rovinata non sarà più sinusoidale né irrisorio (ma neppure esistenziale)*, in *Danno e resp.* 2009, 2, 186 ss.; C. ROSSELLO, *Il "danno da vacanza rovinata" dopo le sezioni unite del 2008 sul nuovo statuto del danno non patrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 488 ss.

³⁰⁷ Su iniziativa della Commissione europea sono stati costituiti due gruppi di ricerca e di studio: il Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group) guidato da Hugh Beale e lo Study Group on a European Civil Code guidato da Christian von Bar. Al primo si deve il testo dei Principles of the Existing EC Contract Law ("Principi del vigente diritto comunitario dei contratti") del 2007, mentre al secondo gruppo si deve il testo dei Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law ("Principi, definizioni e regole modello del diritto privato europeo"), che è conosciuto quale Draft Common Frame of Reference del 2008.

Il Draft Common Frame of Reference (comune quadro di riferimento europeo), in particolare, si pone come risultato di un processo volto a raggiungere una terminologia giuridica europea armonizzata in materia contrattuale. A questo proposito si ricordano la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul diritto contrattuale europeo (Bruxelles 11.7.2001- COM (2001) 398 definitivo; comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo – Un piano di azione (Bruxelles 12.2.2003- COM (2003) 68 definitivo; comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro (Bruxelles 11.10.2004) – COM (2004) 651 definitivo. Per la bibliografia sul nuovo quadro di riferimento vedi U. BRECCIA, *Principles, definitions and model rules nel "comune quadro di riferimento europeo" (Draft Common Frame of Reference)*, in *Contratti* 2010, 1, 95 ss.; G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in AA.VV., *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di Vettori, Padova, 2008, 271-309; U. PERFETTI, *La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 6, 669 ss.; G. ALPA, *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario per un'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole di diritto comune*, in *Contr. impr.*, 2008, 4-5, 889 ss.

³⁰⁸ Il testo del Draft Common Frame of Reference è particolarmente interessante poiché si occupa in modo penetrante della responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione degli obblighi informativi e della ricerca e configurazione dei rimedi più idonei, in una prospettiva europea ed unificante, tesa a tutelare la parte debole nelle relazioni contrattuali e precontrattuali, ponendo così in evidenza l'esigenza sempre più pressante ed attuale di prestare tutela a quelle situazioni di interferenza³⁰⁸ che si creano tra il contratto e la persona.

*dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in occasione di un viaggio tutto compreso*³⁰⁹.

Ebbene, tenuto conto di quanto appena esposto, i risultati interpretativi cui era giunta la Corte di Cassazione con le sentenze gemelle del 2003, in riferimento alla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. nella materia della responsabilità extracontrattuale, sono stati successivamente applicati anche al danno non patrimoniale conseguente all'inadempimento delle obbligazioni.

Ed infatti, secondo le sentenze della Corte di Cassazione nn. 26972/26975 del 2008 *“l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è legittimo il risarcimento dei danni non patrimoniali. Dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione di diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale, comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale od extracontrattuale”*³¹⁰.

In base a questa interpretazione, qualora *l'inadempimento dell'obbligazione determini la violazione non solo di obblighi a rilevanza economica ma anche la lesione di un diritto inviolabile* della persona del creditore, la tutela risarcitoria potrà essere riversata nell'azione contrattuale senza ricorrere all'espedito del cumulo con conseguente applicazione delle regole normative di riferimento (artt. 1218-1223-1225-1229 c.c.)³¹¹.

In particolare, al di fuori dei casi in cui per legge è dedotta nel contratto la tutela personale del contraente (artt. 1681 e 2087 c.c.), l'individuazione, in relazione alla

³⁰⁹ CGCE, 12 Marzo 2002, n. C168/00, in *Giur. it.*, 2002, con nota di M. SESTA, *Danno da vacanza rovinata e danno morale contrattuale*, e in *Resp. civ. prev.*, 2002, 363 ss., con nota di E. GUERINONI, *L'interpretazione della Corte di Giustizia riguardo al danno da vacanza rovinata*. La pronuncia della Corte ha influito sulla successiva giurisprudenza italiana: Tribunale Roma, 19 maggio 2003, in *Giur. merito.*, 2003, 2175 ss.; e in *Dir. giust.*, 2003, 30, 55 ss., con nota di M. DONA, *Vacanza rovinata e danno morale. Risponde il tour operator, la liquidazione è equitativa*; Cassazione, 24 aprile 2008, n. 10651, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 4, 626 ss.; Cassazione, 4 marzo 2010, n. 5189, in *Giust. civ.*, 2010, 6, 1337 ss.

³¹⁰ Cassazione, sezioni unite, 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 11, 1607 ss. Per i commenti alla sentenza ed i contributi della dottrina successivi ad essa relativi al danno non patrimoniale da inadempimento dell'obbligazione si veda M. FRANZONI, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 2009, 18 ss.; ID., *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009, 1, 13 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. impr.*, 2009, 3, 619 ss.; C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.* 2009, 1, 8 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un “De Profundis” per il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2009, 1, 39 ss.; N. LIPARI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: il ruolo limitativo delle categorie concettuali*, in *Contratti*, 2010, 7, 704 ss.; G. CONTE, *Considerazioni critiche sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contratti*, 2010, 7, 707 ss.; S. DELLE MONACHE, *Interesse non patrimoniale e danno da inadempimento*, in *Contratti*, 2010, 7, 720 ss.; E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale: profili sistematici di una nuova disciplina*, in *Contratti*, 2010, 7, 728 ss.; S. PAGLIANTINI, *Per un'interpretazione comunitariamente orientata dei danni non patrimoniali da contratto*, in *Contratti*, 2010, 7, 736 ss.

³¹¹ Cassazione, sezioni unite, 11 novembre 2008, n. 26972, cit., punto 4.7.

specifica ipotesi contrattuale, degli interessi compresi nell'area del contratto che, oltre a quelli a contenuto patrimoniale, presentino carattere non patrimoniale, va condotta accertando la causa concreta del negozio da intendersi come sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare al di là del modello, anche tipico, adoperato³¹².

L'estensione del risarcimento del danno non patrimoniale anche nella materia contrattuale ha creato non pochi problemi interpretativi in relazione al rapporto fra le discipline normative dei due tipi di responsabilità, problemi che, peraltro, erano già stati sollevati in passato dagli studiosi e che le Sezioni Unite hanno, con il loro intervento, affrontato.

I rilievi di parte della dottrina muovono dalla inesatta soluzione ermeneutica che la Suprema Corte avrebbe adottato là dove estende il paradigma risarcitorio di cui all'art. 2059 c.c. alla sfera della responsabilità contrattuale³¹³, condizionando in tal modo il risarcimento alla sola lesione dei diritti inviolabili. In altri termini, l'applicazione dell'art. 1218 c.c. sarebbe possibile nelle sole ipotesi in cui si possa dire leso un diritto inviolabile ai sensi del combinato disposto dell'art. 2059 c.c. e dell'art. 2 Cost.

L'impostazione della Corte è stata criticata perché pretenderebbe di desumere dall'art. 2059 c.c. una regola valevole anche per la responsabilità contrattuale trascurando così le differenze fra i due regimi di responsabilità quanto a presupposti, criteri di regolazione e funzioni³¹⁴.

³¹² Vedi Cassazione, 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 5; in *Il civilista* 2008, 9, 71 ss., con nota di S. MINERVINI; in *Corr. giur.*, 2006, 12, 180 ss., con nota di F. ROLFI, *La causa come "funzione economico-sociale": tramonto di un idolum tribus*.

³¹³ Il ragionamento della Suprema Corte si articola, nei punti 4.2 e 4.7, in quattro passaggi:

1) L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., consente di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali.

2) Dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale.

3) Se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni.

4) Nell'ambito della responsabilità contrattuale il risarcimento sarà regolato dalle norme dettate in materia, da leggere in senso costituzionalmente orientato.

L'art. 1218 c.c., nella parte in cui dispone che il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, non può quindi essere riferito al solo danno patrimoniale, ma deve ritenersi comprensivo del danno non patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia determinato lesione di diritti inviolabili della persona.

³¹⁴ Ritengono sia improprio il richiamo dell'art. 2059 c.c. per giustificare il risarcimento del danno non patrimoniale contrattuale S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. impr.*, 2009, 3, 622; C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, cit., 9; G. CONTE, *Considerazioni sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, cit., 709; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "De Profundis" per il danno esistenziale*, cit., 39.

La dottrina citata ritiene che la regola introdotta dalla Suprema Corte si sostituisca o si sovrapponga alla disciplina normativa della responsabilità contrattuale.

Dalla sentenza sembrerebbe, infatti, emergere il dato per cui il danno non patrimoniale, conseguenza dell'inadempimento di un'obbligazione, possa essere risarcito solamente in presenza della lesione di un "diritto inviolabile" della persona³¹⁵.

Ma tale ricostruzione non potrebbe essere accettata per almeno tre motivi.

Anzitutto, quando la responsabilità è contrattuale o da "contatto sociale qualificato" il danno non patrimoniale risarcibile presuppone la violazione di un obbligo e non la lesione di un diritto³¹⁶. In tale contesto non dovrebbe avere, infatti, alcuna rilevanza il giudizio di ingiustizia il quale postula l'accertamento di una lesione giuridicamente e/o costituzionalmente rilevante e attiene esclusivamente alla responsabilità delittuale³¹⁷.

In secondo luogo, la regola introdotta dalla Corte restringerebbe eccessivamente il principio dell'autonomia negoziale impedendo alle parti di stabilire accordi di protezione relativi ad interessi che non assurgono al rango di diritti costituzionalmente protetti, eliminando in tal modo quel profilo di elasticità tipico della disciplina contrattuale³¹⁸.

In terzo luogo, il richiamo alla lesione dei diritti inviolabili ai sensi del combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 2 Cost., sarebbe del tutto inconferente in quanto la loro tutela è garantita dalla clausola della correttezza/buona fede ex art. 1175 c.c.

Estendendo la soluzione adottata per la responsabilità aquiliana alla materia contrattuale, inoltre, si rischierebbe di ottenere un effetto paradossale che andrebbe nel verso esattamente contrario alle auspiccate esigenze di protezione. Ed infatti, il necessario collegamento fra inadempimento dell'obbligazione e lesione di diritti inviolabili ex art.

³¹⁵ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "De Profundis" per il danno esistenziale*, cit., 32 ss.; G. CONTE, *Considerazioni sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, cit., 707 ss.

³¹⁶ C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eur. e dir. priv.* 2004, 72 s.; vedi anche ID., *La nuova responsabilità civile*, cit., 455, dove si afferma che la differenza tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale poggia su una diversità di tipo strutturale tale per cui la prima dipende dalla violazione di un obbligo funzionale alla realizzazione di un diritto, e la seconda, invece, è legata alla lesione *tout court* di un diritto.

³¹⁷ A., PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "De Profundis" per il danno esistenziale*, cit., 39, secondo il quale l'inadempimento o l'inesatto adempimento, riguardante l'obbligo di prestazione o che sia occasionato da un obbligo di protezione, possono considerarsi come un fatto illecito che in sé impone il risarcimento di tutte le conseguenze non patrimoniali (oltre che patrimoniali) e non solo quelle discendenti dalla lesione di diritti inviolabili; vedi anche S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit., 622 secondo il quale "la categoria dell'ingiustizia del danno è addirittura inconcepibile al di fuori del perimetro della responsabilità extracontrattuale e l'uso che se ne propone è per l'appunto il frutto dell'improprio richiamo dell'art. 2059 c.c. per legittimare la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento".

³¹⁸ S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit., 620 secondo il quale si trascura di considerare che il contratto potrebbe non solo dare rilievo ad interessi non previsti dalla Costituzione o dalla legislazione ordinaria, ma, nel rispetto della dignità e libertà personale, anche attenuarne la tutela, "sicché il moto tra contratto e legge in questo caso procede in senso esattamente inverso rispetto a quello prospettato dalle Sezioni unite".

2059 c.c. implicherebbe, per necessità logica, anche l'applicazione del doppio filtro costituito dalla "gravità della lesione" e dalla "serietà del danno"³¹⁹.

Si addiverrebbe, dunque, ad un sistema di tutela condizionato dalla ricorrenza di almeno quattro presupposti: sussistenza della lesione di un diritto inviolabile individuato attraverso la ricostruzione della causa in concreto del negozio giuridico, gravità della lesione, serietà del pregiudizio che a sua volta deve essere, ai sensi dell'art. 1225 c.c., prevedibile con riferimento al momento in cui è sorta l'obbligazione (salvo il caso di inadempimento doloso)³²⁰.

Ecco perché una parte della dottrina ha pensato di separare nettamente il piano della responsabilità aquiliana da quello della responsabilità contrattuale. In entrambi i casi non è possibile addivenire ad una tutela della persona sulla base del richiamo diretto alle norme costituzionali senza che operi un criterio in grado di filtrare le pretese risarcitorie.

Ebbene nel primo caso opera il filtro dell'ingiustizia costituzionalmente qualificata insieme alla gravità della lesione, mentre nel secondo caso opera il filtro consistente nel canone della correttezza/buona fede "costituzionalmente coniugato" che veicola i valori della persona protetti dalla Carta fondamentale nel regolamento contrattuale o nel piano dell'obbligazione sotto forma di obblighi di comportamento preposti alla salvaguardia dei valori personalistici³²¹

Si è indicato, pertanto, nella "struttura dogmatica assiologicamente orientata"³²² degli obblighi di protezione il meccanismo in grado di garantire l'inserimento dei valori personali all'interno del rapporto obbligatorio³²³.

Altra parte della dottrina³²⁴, invece, ha ritenuto che la regola della risarcibilità dei diritti inviolabili, enucleata dalla Corte attraverso il coordinamento sistematico degli artt. 2059-1218-1223 c.c. e 2 Cost., non sostituisca ma, anzi, integri le fonti di

³¹⁹ G. CONTE, *Considerazioni critiche*, cit., 709, ritiene che il richiamo al doppio filtro, benché non richiamato espressamente dalla Corte di Cassazione, sia implicito nella costruzione teorica della sentenza.

³²⁰ G. CONTE, *Considerazioni critiche*, cit., 710.

³²¹ S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit., 623.

³²² L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 ss.

³²³ G. CONTE, *Considerazioni critiche*, cit., 717 e 719, il quale dopo avere affermato la rilevanza degli obblighi di protezione sia nel caso che l'obbligazione discenda dal contratto, sia quando derivi da fonte diversa (contatto sociale), sottolinea che in quest'ultimo caso sarà necessaria l'analisi della natura e delle caratteristiche del contatto al fine di poter identificare le "aspettative" suscitate dalla relazione di fatto e identificare gli interessi che possono considerarsi dedotti nel rapporto obbligatorio e per questo tutelati dalla disciplina contrattuale; vedi anche C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, cit., 477, secondo il quale la risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale deve essere esclusa quando la perdita dei valori personali lamentata dal creditore insoddisfatto non corrisponda allo "scopo di protezione" del comportamento dedotto in obbligazione.

³²⁴ E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale contrattuale: profili sistematici di una nuova disciplina*, in *Danno non patrimoniale contrattuale* (a cura di F. Macario e C. Scognamiglio), in *Contratti*, 2010, 7, 729.

regolamentazione del danno non patrimoniale contrattuale costituite dalla legge³²⁵ e dal contratto. L'interpretazione adeguatrice delle Sezioni Unite, che richiama l'applicazione diretta delle norme costituzionali, deve essere considerata, pertanto, come una disciplina di chiusura del sistema volta a garantire la tutela dei diritti inviolabili in ambito contrattuale laddove questa non sia stata prevista dalla legge o dalle stesse pattuizioni negoziali³²⁶.

Anche tale dottrina attribuisce particolare rilievo alla buona fede, soprattutto nel caso in cui nessuna previsione sia contenuta nel contratto.

Sul piano della rilevanza della clausola generale, in particolare, si è posto il problema di capire se, alla luce di una lettura in chiave assiologia della buona fede oggettiva, come clausola capace di dare risalto anche ai diritti inviolabili coinvolti nella dinamica contrattuale, non fosse allora sbagliata l'interpretazione adeguatrice alla Costituzione proposta dalla Suprema Corte. In altri termini, il fatto che vi sia una sostanziale convergenza di risultati nella difesa dei diritti inviolabili coinvolti dal contratto fra l'interpretazione *ex fide bona* ed il principio del necessario riconoscimento della minima tutela risarcitoria ex art. 2 Cost., ha suscitato il dubbio che l'operazione ermeneutica proposta dalla Cassazione fosse inutile³²⁷.

Tale possibilità è stata però esclusa in ragione di due argomentazioni.

Anzitutto la lettura in chiave assiologia della buona fede oggettiva non è pacifica in dottrina e ciò giustificherebbe pienamente l'adozione del principio costituzionale succitato al fine di non rendere incerta la protezione di interessi di fondamentale importanza per la persona³²⁸.

In secondo luogo, la responsabilità per inadempimento dell'obbligazione non sempre scaturisce dalla pattuizione contrattuale e, dunque, non sempre potrebbe utilizzarsi il canone dell'interpretazione secondo buona fede.

Si afferma, allora, che se la Corte non avesse statuito il principio del necessario riconoscimento della tutela risarcitoria attraverso il coordinamento sistematico fra l'art.

³²⁵ Fra le disposizioni di legge si ricordano l'art. 94 Cod. cons. ai sensi del quale è risarcibile il "danno derivante alla persona dall'inadempimento o dalla inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico", e gli artt. 1681 e 2087 c.c.

³²⁶ Secondo l'A. le Sezioni unite, nel prospettare un'interpretazione conforme a Costituzione degli artt. 1218 e 1223 c.c. hanno utilizzato i principi costituzionali come strumento analogico in grado di colmare le lacune presenti nell'ordinamento, di talché il ricorso alla Carta fondamentale si giustifica quando, nel caso concreto, si riscontri l'assenza di regole idonee ad offrire sufficiente tutela ai diritti inviolabili, 729.

³²⁷ E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale contrattuale: profili sistematici di una nuova disciplina*, cit., 731.

³²⁸ Sono favorevoli alla lettura assiologia del criterio della buona fede L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buone fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, 172; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XIV, 1, Milano, 1974, 34; E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali e risarcimento del danno*, 1996, 184; *contra* C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 209 ss.

1218 c.c. e l'art. 2 Cost., il sistema di tutela avrebbe registrato sicuramente non poche lacune³²⁹.

Sulla stessa linea l'opinione di chi ha considerato il riferimento all'art. 2059 c.c. costituzionalmente orientato come una condivisibile premessa volta ad affermare il principio della minima tutela dei diritti inviolabili, a prescindere dalla fonte della responsabilità, ed ha valorizzato le *peculiarità del sottosistema della responsabilità contrattuale* indicando nell'art. 1225 il filtro selettivo in grado di arginare eccessive dilatazioni risarcitorie del danno non patrimoniale³³⁰.

Si è messo in risalto, in particolare, il principio fondamentale dell'autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.) che, da una parte, impone il rispetto degli accordi volti a stabilire il *quantum* degli eventuali danni non patrimoniali, a prescindere dalla stipulazione o meno di una clausola penale e, dall'altra parte, garantisce la possibilità che, anche in assenza di specifiche pattuizioni, *“l'assetto di interessi dello specifico contratto renda oggettivamente implicita l'intesa ed essa venga portata alla luce applicando il criterio della buona fede”*.

Come già precisato, l'estensione del principio della minima tutela risarcitoria anche alla materia contrattuale si spiega, a parte le dispute dottrinali, in ragione dell'importanza di determinati interessi personali la cui lesione necessita di una riparazione a prescindere dalla fonte da cui scaturisce l'obbligazione risarcitoria.

Secondo la Suprema Corte il fondamento normativo dal quale si evince che interessi di natura non patrimoniale possano assumere rilevanza anche all'interno del vincolo obbligatorio, è costituito dall'art. 1174 c.c., ai sensi del quale la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse anche non patrimoniale del creditore³³¹.

Al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge (artt. 1681 e 2087 c.c.), l'individuazione degli interessi compresi nell'area del contratto che, oltre a quelli a

³²⁹ E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale contrattuale: profili sistematici di una nuova disciplina*, cit., 731. Di diverso avviso S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit., 623, il quale nell'evocare la buona fede fa esplicito riferimento sia al piano contrattuale sia al più generale piano dell'obbligazione.

³³⁰ F.D. BUSNELLI, *Le sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 1, 112; sulla stessa linea l'opinione E. NAVARRETTA - D. POLETTI, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano 2004, a cura di E. Navarretta, 71.

³³¹ Fra gli Autori che tempo addietro avevano richiamato tale dato normativo vedi M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, cit., 127 ss. Di avviso contrario S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit., 623 (nota 118), secondo il quale il pur corretto richiamo all'art. 1174 non può considerarsi risolutivo ai fini dell'ampliamento dell'area della responsabilità da inadempimento al danno non patrimoniale. Della stessa opinione C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale, il lungo addio*, cit., 9, per il quale il riferimento all'art. 1174 c.c. *“intese avere soltanto la funzione di rendere chiaro che esso non era in contrasto con la natura essenzialmente patrimoniale dell'obbligazione”*. Perciò è stato affermato che la norma che giustificerebbe la rilevanza di interessi personali nel contratto, così come nel contatto, non è l'art. 1174 c.c. ma l'art. 1175 c.c., norma dal contenuto etico prima che giuridico che si riferisce all'obbligo di comportarsi secondo correttezza e buona fede.

contenuto patrimoniale, presentino carattere non patrimoniale, va condotta accertando la causa concreta del negozio³³², da intendersi come sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato³³³.

L'esigenza di accertare la causa concreta del negozio riguarderebbe, quindi, non solo i contratti c.d. atipici ex art. 1322, 2° comma, ma anche quelli tipici per i quali può ipotizzarsi una pattuizione fra le parti che integri la causa astratta del contratto tipico (art. 1322, 1° comma).

La verifica delle reali e concrete intenzioni delle parti, alla stregua della causa in concreto del contratto, sembra estendersi ben oltre i confini appena delineati.

Negli ultimi anni si è registrata, infatti, in concomitanza con l'aumento delle ipotesi del c.d. "*contatto sociale qualificato*", una consistente dilatazione della sfera della responsabilità contrattuale che ha ricondotto la nascita dei vincoli obbligatori a relazioni di "*prossimità*" tra soggetti o a "*fatti socialmente rilevanti*", con la conseguenza che la disciplina dell'inadempimento e del rimedio risarcitorio contrattuale ha ampliato il proprio ambito di operatività e riguardato ipotesi in cui, pur non sussistendo la prestazione, tuttavia sono ravvisabili obblighi di protezione.

La possibilità di estendere le regole della responsabilità contrattuale (da inadempimento dell'obbligazione preesistente) anche alle ipotesi in cui non sia ravvisabile un accordo nel senso tradizionale del termine è stata ammessa dalla giurisprudenza che, accettando i suggerimenti di autorevole dottrina, ha accolto l'idea del rapporto obbligatorio come struttura complessa nella quale, accanto all'obbligazione principale, figurano i c.d. obblighi di protezione non oggetto di contrattazione ma imposti dalla legge alle parti³³⁴.

Sono stati così attratte, all'interno dell'area contrattuale, vicende che sarebbero state ricondotte, altrimenti, nell'alveo della responsabilità aquiliana.

Il significato di tale operazione interpretativa è rinvenibile nelle differenze sottese alle relative discipline normative in tema di onere della prova, termine di prescrizione e prevedibilità del danno.

La giurisprudenza ha, nel tempo, individuato diverse ipotesi nelle quali è ravvisabile una situazione di contatto sociale: responsabilità medica³³⁵, cui verranno dedicati i prossimi paragrafi; minore autolesionista³³⁶; pagamento di assegno a soggetto

³³² Vedi Cassazione, 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 5; in *Il civilista* 2008, 9, 71 ss., con nota di S. MINERVINI; in *Corr. giur.*, 2006, 12, 180 ss., con nota di F. ROLFI, *La causa come "funzione economico-sociale": tramonto di un idolum tribus*.

³³³ Cassazione 26972/2008, punto 4.2., cit.

³³⁴ Vedi C. CASTRONOVO, voce «*Obblighi di protezione*», in *Enc. giur.* XXI, 1990; su questo tema si vedano inoltre L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., 185 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1053, 99 ss.

³³⁵ Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 332 ss.

³³⁶ Cass. 27 giugno 2002, n. 9346, *Resp. civ. prev.*, 2002, 1012 ss.

non legittimato da parte della banca³³⁷; mediazione tipica³³⁸, intermediazione finanziaria³³⁹.

La Sezioni Unite della Suprema Corte mostrano di essere consapevoli di tali cambiamenti facendo un esplicito riferimento, nell'affrontare il tema delle interferenze tra contratto e persona, alla teoria del *contatto sociale* accolta con la sentenza del 22 gennaio 1999, n. 589. In particolare l'attenzione è stata incentrata sui c.d. contratti di protezione, contratti atipici che hanno trovato il proprio terreno di elezione nei settori sanitario e scolastico.

La stessa espressione “*contratti di protezione*” denuncia inequivocabilmente, per un verso, una nuova dimensione del contratto funzionale alla difesa dell'interesse della controparte e, per altro verso, l'accoglimento di un'idea di responsabilità contrattuale più ampia rispetto al passato in ragione di nuove interpretazioni relative alla fonte, al contenuto del rapporto obbligatorio³⁴⁰ e all'erosione del dogma della relatività degli effetti del contratto³⁴¹.

³³⁷ Cass., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 6 ss., secondo la quale “*La giurisprudenza ha ritenuto sussistere responsabilità contrattuale anche in presenza di obblighi nascenti da situazioni di semplice contatto sociale ogni qualvolta l'ordinamento imponga ad un soggetto di tenere un determinato comportamento. Ne deriva che la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sta nel fatto che quest'ultima consegue alla violazione di un dovere primario di non ledere la sfera primaria degli interessi altrui, onde essa nasce con la stessa obbligazione risarcitoria, laddove quella contrattuale presuppone l'inadempimento di uno specifico obbligo giuridico*”.

³³⁸ Cassazione, 14 luglio 2009, n. 16382, in *Vita not.*, 2009, 3, 1446 ss., secondo la quale “*se, prima facie, la responsabilità del mediatore non mandatario appare agevolmente di natura extracontrattuale, risulta preferibile, riguardando la stessa una figura professionale, applicare la più recente previsione giurisprudenziale di legittimità della responsabilità «da contatto sociale» (su cui, tra le altre, Cass., S.U., n. 577/2008; Cass., n. 12362/2006 e Cass. n. 9085/2006, con specifico riferimento al medico ed alle sue prestazioni prescindenti da un rapporto contrattuale); infatti, tale situazione è riscontrabile nei confronti dell'operatore di una professione sottoposta a specifici requisiti formali ed abilitativi, come nel caso di specie in cui è prevista l'iscrizione ad un apposito ruolo, ed a favore di quanti, utenti-consumatori, fanno particolare affidamento nella stessa per le sue caratteristiche (si pensi, ad esempio, alle c.d. agenzie immobiliari dalle particolari connotazioni professionali ed imprenditoriali)*”.

³³⁹ Vedi Trib. Rimini 11 maggio 2005, in *Giur. it.*, 2006, 524 ss., secondo cui “*tra intermediario e cliente si instaura invero per «contatto sociale» un rapporto giuridico nell'ambito del quale l'intermediario assume anche una specifica obbligazione di informazione e vigilanza nell'interesse del cliente a salvaguardia dell'affidamento legittimamente ingenerato nel risparmiatore dal carattere “protetto” dell'attività di intermediazione immobiliare: la fonte di tale obbligazione è quindi il rapporto giuridico che si instaura per contatto sociale antecedentemente alla conclusione del contratto*”. In dottrina sposa la tesi del contatto sociale, A. BARENGHI, *Disciplina dell'intermediazione finanziaria e nullità degli ordini di acquisto (in mancanza del contratto quadro): una ratio decidendi e troppi obiter dicta*, in *Giur. merito*, 2007, 1, 59 ss.

³⁴⁰ Si consideri la nuova configurazione dell'obbligazione come rapporto a struttura complessa al cui interno non figura soltanto la prestazione. Per questo aspetto si vedano C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit., 1 ss.; ID., *Le due specie di responsabilità*, cit., 69 ss; L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»* cit., 185 ss.

³⁴¹ Per questo aspetto si veda Cassazione, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 5, 748 ss., secondo la quale “*sia il contratto che la paziente pone in essere con la struttura sanitaria e sia il contratto della stessa con il singolo medico risultano produttivi di effetti, oltre che nei confronti delle stesse parti, anche di ulteriori effetti, ed. protettivi, nei confronti del concepito e del genitore, come terzi (sul punto, tra le altre, Cass. n. 14488/2004, n. 698 del 2006, n. 13953/2007, e n. 20320/2005); ciò in quanto, con specifico riferimento al tema in esame, l'efficacia del contratto, che si determina in base alla regola generale ex art. 1372 c.c. ovviamente tra le parti, si estende a favore di terzi soggetti, più che in base alla pur rilevante disposizione di cui all'art. 1411 c.c., in virtù della lettura costituzionale dell'intera normativa codicistica in tema di efficacia e di interpretazione del contratto, per cui tale strumento negoziale non può essere*

A dispetto dell'espressione "contratti di protezione", il richiamo operato dalla Corte di Cassazione alla teoria del contatto sociale fa capire che la protezione della persona può diventare oggetto di un obbligo che sussiste autonomamente a prescindere dal contratto e riguarda tutti i casi in cui possa dirsi esistente una relazione obbligatoria fra le parti, anche in assenza di una prestazione.

Particolare rilievo assumono i contratti sanitari che tendono a realizzare la sfera della salute in senso ampio, in relazione ai quali l'inadempimento dell'obbligazione è suscettivo di ledere diritti inviolabili della persona e cagionare conseguentemente pregiudizi non patrimoniali. Cospicua la giurisprudenza che pronunciandosi in tal senso ha inquadrato nell'ambito contrattuale la responsabilità del medico dipendente e della struttura sanitaria ed ha riconosciuto la tutela risarcitoria non solo al paziente, ma anche a soggetti terzi ai quali si estendono gli effetti protettivi del contratto di cura (nascituro e padre)³⁴².

considerato al di fuori della visione sociale (e non individuale) del nostro ordinamento, caratterizzato dalla centralità della persona. Se, in tale prospettiva, causa del contratto (sia tipico che atipico) è la sintesi degli interessi in concreto dei soggetti contraenti, quale fonte dei cd. effetti essenziali che lo stesso produce, non può negarsi all'accordo negoziale che intercorre tra una paziente- gestante, una struttura sanitaria ed i medici l'idoneità a dar luogo a conseguenze giuridiche riguardo al soggetto nascituro e all'altro genitore, nella sua qualità di componente familiare; detto accordo, infatti, "si proietta" nei confronti del destinatario "finale" del negozio (il concepito che poi viene ad esistenza) come anche nei confronti di chi (genitore), insieme alla madre, ha i diritti ed i doveri nei confronti dei figli di cui all'art 30 Cost. ed alla commessa normativa codicistica ed ordinaria".

³⁴² Sull'estensione degli effetti del contratto di cura anche nei confronti del padre vedi Cassazione, 2 febbraio 2010, n. 2354, in *Red. Giust. civ. Mass.* 2010, 2, secondo la quale "In materia di responsabilità del medico per inadempimento del dovere di informare la gestante circa lo stato di salute del feto, in considerazione dell'insieme dei doveri che la legge pone in capo al padre nei confronti del figlio, va riconosciuto anche in suo favore - benché egli assuma, nel contratto tra la donna ed il professionista, la posizione di terzo - il diritto al risarcimento del danno conseguente alla mancata possibilità di esercizio, da parte della donna, della facoltà di interruzione anticipata della gravidanza"; Cassazione, 4 gennaio 2010, n. 13, in *Giust. civ. mass.*, 2010, 1, 19 ss.; in *Diritto e Giust.*, 2010, 60, con nota di R. F. IANNONE, *Quando la nascita non è un lieto evento anche il padre va risarcito*; in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 5, 1027 (s.m.), con nota di M. FORTINO, *La prevedibile resurrezione del danno esistenziale*; Cassazione, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 5, 748 ss.; in *Dir. fam.*, 2009, 3, 1180 ss., con nota di G. BALLARANI, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura "integrata" dell'art. 1 c.c.*, secondo la quale "Gli effetti del contratto debbono essere individuati avendo riguardo anche alla sua funzione sociale, e tenendo conto che la Costituzione antepone, anche in materia contrattuale, gli interessi della persona a quelli patrimoniali. Ne consegue che il contratto stipulato tra una gestante, una struttura sanitaria ed un medico, avente ad oggetto la prestazione di cure finalizzate a garantire il corretto decorso della gravidanza, riverbera per sua natura effetti protettivi a vantaggio anche del concepito e del di lui padre, i quali in caso di inadempimento, sono perciò legittimati ad agire per il risarcimento del danno"; Cassazione, 14 luglio 2006, n. 16123, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1, 56 (s.m.); Trib. Terni, 13 luglio 2006, in *Dir. fam.*, 2007, 1, 232 (s.m.), con nota di R. BORDON, *Il danno esistenziale dei genitori di un bambino sano e vitale, ma nato morto*; Cassazione, 20 ottobre 2005, n. 20320, in *Fam. dir.*, 2006, 253 ss., con nota di G. FACCI, *Il danno da nascita indesiderata e la legittimazione al risarcimento del padre alla fine di una regolare gestazione, per una tardiva diagnosi dei medici*; Cassazione, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Foro it.*, 2004, I, 3327, con nota di A. BITETTO, *Il diritto a nascere sani*; in *Corr. giur.*, 2004, 1437, con nota di A. LISERRE, *Mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*; in *Fam. dir.*, 2004, 559, con nota di G. FACCI, *Wrongfull life: a chi spetta il risarcimento del danno?*; Trib. Roma, 9 marzo 2004, in *Giur. romana*, 2004, 152 ss.; Trib. Torre Annunziata, 25 marzo 2002, in *Fam. e dir.*, 2002, 509 ss.; Cassazione, 1 dicembre 1998, n. 12195, in *Giust. civ.*, 1999, I, 672 ss.

In questo settore, in particolare, alla luce dei recenti orientamenti della giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione acquista consistenza il c.d. pregiudizio esistenziale derivante dalla lesione di interessi inviolabili diversi da quello alla salute.

Si può rilevare, in altri termini, come vengano confermate le ragioni addotte tempo addietro dai sostenitori del c.d. danno esistenziale, quando evidenziavano la necessità di tutelare anche interessi “altri” costituzionalmente protetti diversi da quello alla salute.

Ed infatti, pur avendo negato l'autonomia ontologica del danno esistenziale è evidente come la Suprema Corte, nel riconoscere la risarcibilità del danno conseguente alla lesione del diritto all'autodeterminazione di cui agli artt. 32 Cost., comma 2, e 13 Cost. (caso della gestante che per errore diagnostico non viene posta in condizione di decidere se interrompere la gravidanza)³⁴³ e alla violazione dell'obbligo del consenso informato³⁴⁴, abbia accolto, nella sostanza, le osservazioni della dottrina esistenzialista, ponendo al centro il tema della tutela della persona in tutte le sue sfaccettature fra le quali è ricompresa anche, ma non solo, la salute.

Il richiamo al consenso informato e all'autodeterminazione nella materia sanitaria costituisce una testimonianza del fatto che la giurisprudenza di legittimità (Cassazione Sezioni Unite 26972/2008) abbia aperto le porte alle richieste riparatorie dei pregiudizi esistenziali derivanti dall'inadempimento di obblighi giuridici con riferimento al momento formativo del contratto in cui gli obblighi informativi svolgono un ruolo fondamentale nella maturazione della volontà contrattuale quale elemento essenziale dell'accordo fra le parti.

Il tema del consenso, inteso come risultato dell'informazione (si parla appunto di consenso informato o consapevolmente prestato) e dell'autodeterminazione dell'individuo a seguito del contatto con la controparte, ha assunto ormai un'importanza fondamentale alla luce del fatto che, nell'ambito contrattuale, si riversano le vicende più importanti della vita di una persona, dalle attività di svago (si pensi ai contratti di viaggio, ai contratti di trasporto) all'attività lavorativa (contratto di lavoro subordinato) e ancora alle attività di cura intese in senso lato e comprensive delle molteplici fasi sanitarie nelle quali si scompone attualmente il trattamento medico (contratto atipico a prestazioni corrispettive detto contratto di ospedalità in cui si individuano varie fasi, la diagnosi, la prognosi, la cura, la prevenzione, la degenza post-operatoria, la predisposizione delle attrezzature necessarie e l'organizzazione delle attività alberghiere).

Appartengono alla categoria dei contratti di protezione anche quelli che intercorrono tra l'allievo e l'istituto scolastico. Questi trovano la propria fonte nel c.d. contatto sociale e mirano a tutelare e realizzare anche gli interessi non patrimoniali

³⁴³ Cassazione, 10 maggio 2002, n. 6735, in *Foro it.*, 2002, I, 3115 ss.; *Dir. e giust.*, 2002, 26, 34 ss.

³⁴⁴ Cassazione, 14 marzo 2006, n. 5444, in *Giust. civ.*, 2006, 4-5, 802 ss.; in *Dir. e giust.*, 2006, 15, 23 ss., con nota di A. PULIATTI, *Malati terminali e consenso informato - Il medico non è esonerato dagli obblighi*.

dell'allievo fra i quali l'integrità fisica con conseguente risarcibilità del danno non patrimoniale da autolesione³⁴⁵.

2. La responsabilità medica: profili evolutivi.

La responsabilità medica ha conosciuto negli ultimi cinquant'anni un rapido e continuo progresso³⁴⁶. Fenomeni come la specializzazione, la socializzazione, il lavoro in équipe hanno modificato, nella sostanza, il regime giuridico delle professioni intellettuali come quella medica³⁴⁷. L'attività sanitaria con il tempo si è trasformata in una complessa organizzazione di uomini e di mezzi finalizzata alla cura del paziente.

Il nuovo contesto ha accresciuto il bisogno di protezione del singolo e ha determinato l'esigenza di assicurare la tutela risarcitoria al paziente anche in presenza di nuove fattispecie di danno nelle quali è difficilmente identificabile un soggetto danneggiante.

Il dibattito sulla responsabilità medica, ripercorrendo le medesime vicende che hanno riguardato più in generale la responsabilità civile, ha spostato progressivamente il suo fulcro dalla condanna del danneggiante alla tutela del danneggiato.

Per buona parte del XIX secolo l'attività professionale medica non riscosse molto credito: l'insufficiente preparazione scientifica ed il limitato riconoscimento giuridico facevano sì che la funzione del medico non fosse, in realtà, distinta da quella di un semplice guaritore o venditore di farmaci provvidenziali.

Solo nella seconda metà dell'800 la medicina diventa scienza. La capacità di indicare rimedi sicuri e di curare le grandi malattie determinano la nascita della figura del medico professionista che opera con nozioni precise in una prospettiva di ricerca scientifica³⁴⁸.

È stato affermato che l'introduzione del regime di responsabilità del medico ha determinato la nascita di un conflitto di interessi fra paziente e medico prima convergenti sul comune obiettivo rappresentato dalla salute del paziente.

³⁴⁵ Cassazione, sezioni unite, 27 giugno 2002, n.9346, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 1012 ss. con nota di G. FACCI, *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale*; cassazione, 31 marzo 2007, n. 8067, in *Foro it.*, 2007, 12, 3468 ss.

³⁴⁶ Per un'analisi dei profili evolutivi e delle caratteristiche della responsabilità medica vedi R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XLVI, Padova 2007; EAD., *La malpractice medica*, in AA. VV. *Il danno alla persona*, diretto da Cendon e Baldassari, I, Bologna, 2006, 1303 ss.; EAD., *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995; EAD., *La responsabilità medica tra prospettive comunitarie e nuove tendenze giurisprudenziali*, in *Contr. impr.*, 1995, 2 ss.; EAD., *La responsabilità sanitaria tra tendenze giurisprudenziali e prospettive de iure condendo*, in *Contr. impr.*, 2009, 3, 541 ss.; M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993; F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 710 ss.; A. M. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli 1983; in AA.VV. *La responsabilità medica*, Milano, 1982.

³⁴⁷ A. M. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, cit. 2.

³⁴⁸ Il primo passo, in Italia, verso l'affermazione della responsabilità civile del medico "per un fatto intrinsecamente inerente alla sua professione", lo compie il Tribunale di Roma nel 1885 il quale sostenne, con riferimento ai medici, che la loro inviolabilità non dovesse essere illimitata di fronte al codice civile, "il quale chiama responsabili alcuni fatti o atti che arrecano danno altrui".

Le diverse fasi di sviluppo della responsabilità medica si caratterizzano per la continua ricerca di un punto di equilibrio fra gli interessi delle parti in causa attraverso opportuni criteri di contemperamento, così da garantire una giusta riparazione al paziente senza danneggiare eccessivamente il medico.

In un primo tempo la disciplina della professione medica non esprimeva un atteggiamento di favore per il paziente. Configurata in ambito aquiliano sotto il vigore del codice civile del 1865, è stata, successivamente, ricondotta nell'area contrattuale a vantaggio del professionista per il quale sarebbe stato più facile agire per il pagamento dell'onorario ed evitare di dover rispondere di colpa levissima³⁴⁹.

Tuttavia, la qualificazione della responsabilità in termini contrattuali avrebbe comportato per il medico debitore l'onere di provare di avere eseguito diligentemente la prestazione medica. Così, sempre nella prospettiva di una maggiore tutela del professionista rispetto al paziente, veniva introdotta la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. È stato affermato, infatti, dalla Corte d'Appello di Milano nel 1939, sulla scorta di una soluzione già adottata in Francia, che il medico si limita *“a prestare soltanto peritiam artis suae, cioè, a scegliere ed eseguire le cure e gli interventi esploratori o chirurgici al fine di raggiungere il risultato futuro e incerto della guarigione o della parziale riparazione della salute»* (obbligazioni di mezzi), ma *«non può garantire il malato contro i rischi della cura e degli interventi, né il risultato finale»*³⁵⁰ (obbligazione di risultato). Tale distinzione, accolta dalla giurisprudenza e fortemente criticata dalla dottrina, rispondeva all'intento di instaurare un regime probatorio favorevole al medico curante simile a quello richiesto in ambito extracontrattuale.

L'esigenza di garantire un giusto equilibrio fra tutela del medico e tutela del paziente ha influito in maniera determinante sulla definizione degli schemi fondamentali del sistema di responsabilità professionale che si è delineata nel tempo.

Il tenore letterale dell'art. 2236 c.c., ai sensi del quale *“Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave”*, testimonia, infatti, la necessità di contemperare due opposte esigenze: da un lato, quella di non mortificare l'iniziativa del professionista nella risoluzione dei casi di particolare difficoltà esponendolo a continue pretese risarcitorie e, dall'altro, quella di non indulgere verso atteggiamenti improntati a leggerezza e negligenza.

Tuttavia, l'evoluzione della responsabilità civile in campo medico ha determinato nel tempo un sensibile spostamento del punto di equilibrio a favore del paziente.

Meritano particolare considerazione, sotto il profilo storico evolutivo, due fattori: le nuove acquisizioni della scienza medica, che hanno determinato una rinnovata rilettura

³⁴⁹ Sulla distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale in riferimento alla colpa si veda G.P. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, Torino, 1925.

³⁵⁰ Corte Appello, 18 aprile 1939, in *Resp. civ. prev.*, 1940, 120 ss.

giuridica dei fenomeni medici, e la nuova forza propulsiva che i principi costituzionali hanno ricevuto grazie sia alla giurisprudenza costituzionale e civile, sia alle norme della legislazione ordinaria che hanno provveduto all'attuazione dei principi medesimi.

Riguardo al primo profilo, un effetto immediato del progresso scientifico è stato rappresentato dalla c.d. specializzazione. La moltiplicazione dei settori di intervento, secondo criteri di competenza per aree tendenzialmente sempre più circoscritte, ha ribaltato il tradizionale rapporto tra medicina generale e medicina specialistica.

Le moderne competenze sanitarie hanno permesso nel tempo di far emergere un'ulteriore dimensione del complicato rapporto medico-paziente.

La tradizionale identificazione tra "paziente" e "malato", infatti, in grado di cogliere solo una parte della complessa realtà medica, entra in crisi.³⁵¹

Molte sono le persone sane che chiedono o vengono sottoposte ad un trattamento sanitario a prescindere dalla sussistenza attuale di una malattia da curare. Si pensi alle attività di prevenzione in senso lato (vaccinazioni ed esami diagnostici). Ma si pensi altresì a quei soggetti sani che vogliono potenziare le capacità del proprio organismo o modificare le proprie condizioni fisiche (interventi di chirurgia estetica, interruzione della gravidanza, sterilizzazione).³⁵²

Alla scienza del malato si affianca, pertanto, la scienza del sano³⁵³. L'attività medica modifica la sua identità: da rimedio prevalentemente successivo, volto alla rimozione di un male, a tecnica di prevenzione delle malattie o anche di miglioramento della salute pur in assenza di una situazione patologica pregressa.

La medicina amplia, così, i suoi orizzonti e i suoi campi di applicazione pratica; in questo contesto si modifica il concetto di danno all'integrità psicofisica ed acquista rilievo la problematica del consenso informato concernente i rapporti tra la salute, l'autodeterminazione e la dignità della persona umana.

Si afferma l'idea per cui il bagaglio culturale del medico, frutto delle nuove scoperte, debba essere condiviso con il paziente in termini per lui comprensibili, al fine di ridurre l'asimmetria informativa fra le parti del rapporto contrattuale.

Si valorizza, di conseguenza, non più solamente la dimensione oggettiva della bene-salute ma la sua dimensione soggettiva, l'idea che il paziente ha di sé a prescindere dalle risultanze mediche apprezzabili sotto un profilo tecnico³⁵⁴.

³⁵¹ M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, cit., 50.

³⁵² Si consideri ancora un'ipotesi particolare definita al confine tra la salute e la malattia è quella che vede la gestante sottoporsi ad esami volti ad accertare la presenza di eventuali anomalie nel concepito.

³⁵³ M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, cit., 52.

³⁵⁴ P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 1 ss., che nel commentare la sentenza del Tribunale di Milano 14.5.1998, evidenzia il mutamento di prospettiva consistente nel valorizzare la dimensione psicologica della salute e indica le conseguenze di tale nuova impostazione, prima fra tutte la distinzione tra l'obiettivo di *cura di una patologia* e l'obiettivo di perseguire *una migliore salute* del paziente. Si sottolinea che il concetto di salute si modella su *personali e insindacabili aspettative di vita* e coinvolge *l'idea che un individuo ha di se stesso*. In questo senso il bene salute diviene compatibile con la scelta di non essere curato.

Quanto al secondo profilo, è stata fondamentale l'attività della giurisprudenza civile e costituzionale che ha contribuito, negli anni settanta, a rinnovare e riscoprire il significato dell'art. 32 Cost. La norma, prima considerata una dichiarazione di buone intenzioni, una norma cioè di carattere programmatico, viene ora intesa come norma precettiva e la salute viene configurata oltre che come interesse della collettività anzitutto come diritto fondamentale del singolo.³⁵⁵

Il rango costituzionale del diritto alla salute, quale diritto della personalità,³⁵⁶ impone uno spostamento del punto focale del sistema dal medico al paziente e ciò ha mutato la ratio stessa del giudizio di responsabilità, non più governato dal criterio di una tutela bilanciata fra interessi contrapposti ma incentrato su una prioritaria esigenza di tutela della salute del paziente³⁵⁷.

Negli anni '80 la responsabilità medica ha cominciato ad essere oggetto di autonoma considerazione *“come portato dell'interesse che in quegli anni rivestiva la tematica della tutela della salute dell'individuo, costituendo un importante e significativo aspetto di tale tutela implicato dallo svolgimento dell'attività sanitaria”*³⁵⁸.

Nel nuovo contesto, caratterizzato dall'affermazione dei principi costituzionali, dal progresso scientifico e dalla moderna organizzazione sanitaria a partire dalla riforma del servizio sanitario nazionale, viene abbandonata l'analisi dei profili tradizionali della *“responsabilità del medico”* e si studiano le nuove problematiche sanitarie nella prospettiva più ampia della *“responsabilità medica”*³⁵⁹. Una responsabilità che *“estendendosi a tutte le attività mediche e a tutti gli operatori in esse direttamente o indirettamente coinvolti, sia in grado di assicurare al cittadino che si sottopone a un trattamento sanitario una tutela preventiva e risarcitoria della propria salute”*.³⁶⁰

L'evoluzione della responsabilità medica è stata accompagnata dallo sviluppo di molteplici regimi di reazione all'evento dannoso a seconda che il paziente si rivolgesse direttamente al singolo professionista, al medico dipendente della struttura sanitaria pubblica o privata o direttamente alla struttura stessa. Si sono distinte così differenti fattispecie ricondotte ora alla responsabilità contrattuale, ora a quella extracontrattuale.

³⁵⁵ Vedi la legge sul S.S.N. del 1978 che garantisce la realizzazione dell'individuo nel rispetto della dignità della persona umana.

³⁵⁶ P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1020 ss.

³⁵⁷ M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, cit., 56.

³⁵⁸ R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, cit. 3. Vedi anche F. D. BUSNELLI, presentazione, in AA.VV., *La responsabilità medica*, cit. 1 ss.

³⁵⁹ Secondo F.D. BUSNELLI, Presentazione, in AA. VV., *La responsabilità medica*, cit. 1, con l'espressione *“responsabilità medica”* *“si vuole significare che non si è più in presenza di un semplice “capitolo” di una trattazione generale dedicata alla responsabilità del professionista, ma che qui viene in considerazione piuttosto un aspetto della tutela della salute dell'individuo in relazione ai pericoli connessi con lo svolgimento di un'attività medica, o più in generale di un trattamento medico”*.

³⁶⁰ M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, cit., 58.

Nel tempo la giurisprudenza ha elaborato, nell'ottica di una tutela uniforme del paziente-soggetto debole, un corpo unitario di norme che applicasse le medesime regole a fronte del medesimo evento dannoso, senza che ci si dovesse preoccupare di qualificare la responsabilità come aquiliana o contrattuale. Tant'è che da più parti oramai si definisce il regime della responsabilità medica come uniforme e transtipico, il quale se da una parte supera la tradizionale distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, dall'altra, partecipa dei caratteri di entrambe.³⁶¹

3. La responsabilità della struttura sanitaria e del medico dipendente: il contatto sociale.

La responsabilità medica, afferendo all'esercizio di un'attività di carattere intellettuale, si presenta come una *species* di responsabilità professionale, i cui elementi qualificanti sono:

- a) la prestazione d'opera intellettuale, improntata oltre che ai consueti canoni della diligenza e della prudenza anche alle specifiche *leges artis* del settore di riferimento del professionista (c.d. perizia).
- b) l'autonomia e discrezionalità tecnica riconosciuta al professionista nella esecuzione della prestazione anche qualora il medico fosse dipendente dell'ente ospedaliero.
- c) il carattere personale della prestazione ai sensi dell'art. 2232 c.c.

Alla luce dei fattori di sviluppo trattati nel precedente capitolo e dei riferimenti operati dalla Corte di Cassazione ai c.d. contratti di protezione (fra i quali spicca per importanza il contratto sanitario) si è scelto di dedicare maggiore attenzione, in questo capitolo, all'attività professionale medica che si è rivelata essere il settore che meglio si presta all'analisi delle interferenze tra contratto e persona.

In base alla moderna organizzazione sanitaria possono individuarsi almeno cinque tipologie di prestazioni sanitarie: prestazione del medico libero professionista; prestazione del medico dipendente dell'amministrazione sanitaria; prestazione del medico universitario operante presso le cliniche gestite dalle Università; prestazione del medico dipendente da

³⁶¹ V. ROPPO, *La responsabilità civile dell'impresa nel settore dei servizi innovativi*, in *Contr. impr.*, 1993, 3, 894 ss.; R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, cit., 1, secondo la quale la responsabilità medica costituisce un settore della responsabilità professionale dove i confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale sfumano per dare vita, in una sorta di osmosi, ad una sorta di configurazione giuridica che partecipa dei caratteri di entrambe; P. RESCIGNO, *Fondamenti e problemi della responsabilità medica*, in AA. VV., *La responsabilità medica*, cit., 79, secondo il quale sarebbe opportuno collocare la materia della responsabilità medica in una posizione a sé, e superare la distinzione tra area del contratto e area del non contratto; G. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Alpa*, Milano, 1999, 715.

Sulla distinzione tra responsabilità extracontrattuale e contrattuale vedi C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, 69 ss.; G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1077 ss.; P. G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. (Analisi comparata di un problema)*, Padova, 1989, 159 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 546 ss.

struttura privata diagnostica o terapeutica; prestazione di medico convenzionato con l'amministrazione sanitaria.

Dal punto di vista della configurazione giuridica del rapporto tra medico e paziente le cinque tipologie appena menzionate si possono ricondurre a due ipotesi fondamentali: quella in cui il medico stipula il contratto ed esegue la prestazione medica in qualità di contraente, secondo lo schema del contratto d'opera intellettuale; e l'ipotesi in cui, invece, il medico esegue la sua prestazione nell'ambito della struttura ospedaliera pubblica o privata dalla quale dipende e nella quale esercita la sua attività professionale³⁶².

Nel primo caso, quindi, il paziente conclude un contratto d'opera intellettuale direttamente con il professionista e di conseguenza la responsabilità del sanitario per i danni cagionati dalla sua attività diagnostica o terapeutica è senz'altro riconducibile all'art. 1218 c.c.

Nella seconda ipotesi, invece, occorre distinguere la responsabilità gravante sulla struttura sanitaria da quella del singolo medico che ha concretamente posto in essere la condotta colposa³⁶³.

La responsabilità della struttura sanitaria ha natura contrattuale, poiché l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto³⁶⁴.

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

Le conseguenze di tale ricostruzione erano principalmente due: anzitutto, trovava applicazione anche nei confronti della struttura sanitaria la limitazione di responsabilità ex art. 2236 c.c. per gli interventi di difficile esecuzione. In secondo luogo, per poter

³⁶² V. F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1984, 710 ss.

³⁶³ R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, cit., 258, pone alla base dell'analisi della responsabilità sanitaria e medica la distinzione tra la responsabilità della struttura e le responsabilità nelle strutture, la prima riconducibile all'inadempimento dell'obbligo di assistenza sanitaria che la struttura assume nei confronti del paziente riconoscendogli il diritto di esigere l'esatto adempimento dell'attività di cura e di organizzazione che deve svolgersi in modo da assicurare la tutela della salute; la seconda, invece, dipendente da una condotta del medico, che non avendo rispettato i canoni della diligenza professionale, ha causato un danno ingiusto alla salute del paziente.

³⁶⁴ Vedi a questo proposito Cassazione, sezioni unite, 11 gennaio 2008, n. 577 in *Danno e resp.*, 2008, 7, 788 ss., con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*; Cassazione, 26 gennaio 2006, n. 1698, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2006, 6, 1223 ss.; Cassazione, 19 aprile 2006, n. 9085, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 4; Cassazione, 28 maggio 2004, n. 10297, in *Foro it.*, 2005, I, 2479 ss.; in *Danno e resp.*, 2005, 26, con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?* in *Dir. fam.*, 2006, 1, 38 ss., *Finalmente applicati i principi che regolano la responsabilità del debitore "comune" ad un debitore che "comune" non è mai stato*; Cassazione, 11 marzo 2002, n. 3492, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 435 ss.; Cassazione, 14 luglio 2003, n. 11001, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 7-8; Cassazione, 21 luglio 2003, n. 11316, in *Foro it.*, 2003, I, 2970 ss.

affermare la responsabilità contrattuale della struttura era necessario l'accertamento della colpa del medico.

Tale impostazione si rivelò con il tempo insoddisfacente perché inidonea a fotografare la complessità della prestazione di "assistenza sanitaria" gravante sulla struttura per effetto del contratto con il paziente.

Si è così inaugurato un nuovo orientamento giurisprudenziale che ha riconsiderato in termini autonomi tale rapporto, configurandolo come un atipico e complesso contratto a prestazioni corrispettive a cui si applicano, ai sensi dell'art. 1218 c.c., le regole ordinarie sull'inadempimento dell'obbligazione³⁶⁵

In virtù di tale contratto atipico la struttura fornisce al paziente una prestazione articolata, definita genericamente di assistenza sanitaria, che ingloba al suo interno non solo la prestazione medica ma anche una serie di obblighi cc.dd. di protezione e accessori (fornitura di prestazioni alberghiere, messa a disposizione di personale medico ausiliario, paramedico, apprestamento di medicinali e delle attrezzature necessarie per eventuali complicazioni).

Da ciò è conseguita l'apertura a forme di responsabilità autonome dell'ente, indipendenti dall'accertamento di una condotta negligente del singolo operatore, ed aventi la propria fonte nell'inadempimento di obblighi direttamente riferibili all'organizzazione del servizio sanitario³⁶⁶.

La struttura sanitaria, inoltre, potrà essere chiamata a rispondere anche indirettamente e solidalmente, ai sensi degli artt. 1228 e 2055 c.c., per il fatto dei medici ausiliari operanti presso la stessa. Tale responsabilità indiretta sussiste, invero, anche se fra la struttura e il medico non vi sia un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato³⁶⁷; nel

³⁶⁵ V. Cassazione, 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 267 ss.; Cassazione, sezioni unite, 1 luglio 2002, n. 9556, in *Foro it.*, 2002, I, 3060 con il commento di A. PALMIERI, *Risarcimento del danno morale per la compromissione di un intenso legame affettivo con la vittima*. La pronuncia sottolinea come il rapporto tra ente e paziente sia complesso e atipico, dovendo la struttura, con la stipulazione del contratto, fornire al paziente una prestazione assai articolata, definita genericamente di "assistenza sanitaria", che comprende oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di obblighi c.d. di protezione ed accessori. Viceversa, in passato, il rapporto struttura sanitaria-paziente era sì ricondotto nell'ambito contrattuale, tuttavia tale legame era disciplinato attraverso l'applicazione analogica delle norme vigenti in materia di contratto avente ad oggetto la prestazione di un'opera intellettuale. In tal modo, di conseguenza, il regime di responsabilità dell'ente seguiva quello del medico. Ed infatti il presupposto per l'affermazione della responsabilità della struttura sanitaria era l'accertamento di un comportamento colposo del medico operante presso di essa.

³⁶⁶ A questo proposito si parla di "responsabilità da carenza organizzativa o da inefficienza organizzativa" Tribunale di Varese, 16 giugno 2003, in *Danno e Resp.*, 2004, 891 ss., con nota di C. AMATO, *Note a margine di un caso di responsabilità (autonoma) della struttura ospedaliera*; Tribunale Venezia, 10 maggio 2004, in *Danno e resp.*, 2005, 426 ss., con nota di F. AGNINO, *Non fidarsi è meglio: responsabilità da cartella clinica «reticente»* Tribunale Venezia 20 settembre 2005, in *Danno e resp.*, 2005, 1262 ss.

³⁶⁷ Cassazione, 8 gennaio 1999, n. 103, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 683 ss., con nota di P. SANNA, *I mille volti della responsabilità medica: la responsabilità della casa di cura privata*. La pronuncia giudica irrilevante il fatto che "i medici che eseguirono l'intervento chirurgico fossero o meno inquadrati nell'organizzazione aziendale della Casa di cura: infatti, la prestazione di questi ultimi era indispensabile alla Casa di cura per adempiere l'obbligazione assunta con i danneggiati"; in questo senso vedi anche Cassazione, 14 luglio 2004, n. 13066, in *Danno e resp.*, 2005, 537 ss., con nota di F. AGNINO, *Responsabilità*

concetto di ausiliario, infatti, sono ricompresi tutti coloro dei quali il debitore si serve per l'esecuzione della prestazione a prescindere dal rapporto che ne caratterizza i rispettivi obblighi.

Sotto il profilo della natura dell'ente, in giurisprudenza si riscontra, quanto al regime di responsabilità civile, una completa equiparazione della struttura privata a quella pubblica. La natura giuridica dell'ente, infatti, non potrebbe giustificare trattamenti diversi del bene salute in ragione della sua protezione costituzionale³⁶⁸.

Per ciò che riguarda, invece, la responsabilità del medico dipendente della struttura sanitaria, questa è stata in passato ricondotta nell'ambito aquiliano in ragione del fatto che gli unici rapporti giuridici diretti erano quelli intercorrenti fra paziente ed ente e fra medico dipendente ed ente.

La tutela del paziente si risolveva, pertanto, nell'applicazione della teoria del c.d. cumulo delle azioni in virtù del quale il medico rispondeva a titolo aquiliano in concorso con la struttura chiamata, invece, a rispondere a titolo contrattuale³⁶⁹ (concorso improprio).

Ciò, però, comportava un'ingiustificata disparità di trattamento di situazioni omogenee poiché la tutela del paziente dipendeva dal fatto che il medico fosse o meno dipendente di una struttura sanitaria, quando invece la prestazione sanitaria in entrambe i casi aveva il medesimo contenuto³⁷⁰.

Inoltre la riconducibilità dell'attività del medico dipendente alla responsabilità extracontrattuale non appariva persuasiva anche per un altro motivo. Considerare, infatti, proprio colui che si presenta al paziente come *apprestatore di cure*, come l'autore di un qualsiasi fatto illecito, contrasterebbe con "*l'esigenza che la forma giuridica sia il più possibile aderente alla realtà materiale*"³⁷¹.

L'impostazione extracontrattualistica, quindi, riduceva una vicenda che si caratterizza come rapporto al solo momento della verifica del danno.

Si aggiunga, inoltre, che se la responsabilità del medico dipendente venisse circoscritta nell'ambito aquiliano ne deriverebbe una sicura diminuzione di tutela per il

della struttura ospedaliera: si rafforza la tutela per i malati; Cassazione, 26 gennaio 2006, n. 1698, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2006, 6, 1223 ss.; Cassazione, 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 267 ss.

³⁶⁸ Cassazione, sezioni unite, 11 gennaio 2008, n. 577 in *Danno e resp.*, 2008, 7, 788 ss., con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*.

³⁶⁹ Vedi G. VISINTINI, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1990, 1; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, 82; C. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed aquiliana, il punto della giurisprudenza*, in *La responsabilità civile*, a cura di G. Alpa e M. Bessone, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1987, I, 326; ID., in *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza*, in *Contr. impr.*, 1996, 641 ss.; F.D. BUSNELLI, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, 748 ss.

³⁷⁰ Cassazione, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3347, precisa infatti che "*la prestazione sanitaria del medico nei confronti del paziente non può che essere sempre la stessa, vi sia o meno alla base un contratto d'opera professionale tra i due*".

³⁷¹ Cassazione, 22 gennaio 1999, n. 589, cit.; 3343; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 478.

paziente. Ed infatti, in primo luogo, la sua responsabilità sarebbe configurabile solo nell'ipotesi in cui si verificasse la violazione dell'obbligo di protezione dell'altrui sfera giuridica (inteso come interesse negativo). In altri termini, presupposto imprescindibile per l'affermazione di responsabilità sarebbe la violazione del principio del *neminem laedere*: il paziente di conseguenza, per ottenere un risarcimento del danno, dovrebbe trovarsi in una condizione peggiore rispetto a quella precedente al contatto con il medico. Laddove, invece, non dovesse realizzarsi il risultato positivo che il medico, secondo le normali tecniche sanitarie, avrebbe dovuto raggiungere, non sarebbe configurabile una responsabilità extracontrattuale per la ragione che non si è verificato un danno rispetto alla *status quo ante* ma semplicemente non è stato raggiunto un risultato positivo che, se è dovuto nell'ambito di un rapporto contrattuale, non può essere preteso al di fuori di esso. Da ultimo, ma non certo per minore importanza, il diritto del paziente al risarcimento del danno avrebbe una prescrizione quinquennale.

E così, finalmente, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 589 del 1999, ha accolto la tesi del contatto sociale³⁷² secondo la quale in capo al medico dipendente sarebbe configurabile una responsabilità di tipo contrattuale nascente dalla violazione degli obblighi di protezione anche in assenza di un obbligo primario di prestazione³⁷³.

³⁷² La teoria dell'obbligazione senza prestazione avente origine dal contatto sociale (ai sensi dell'art. 1173 c.c.) ha ricevuto in giurisprudenza una diffusa applicazione: vedi Cass. 29 settembre 2004, n. 19564, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 4; Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, in *Corr. giur.*, 2005, 33, con nota di A. DI MAJO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*; Trib. Roma, 20 gennaio 2004, in *Foro it.* 2004, 1, 909 ss. (completare elenco)

Contra vedi Corte d'Appello Venezia, sez. IV, 16 giugno 2005, in *Danno e resp.*, 2006, 293 ss., con nota di G. GUERRA, *Obbligazione da «contatto sociale» nell'attività del chirurgo subordinato: una prima smentita*. La giurisprudenza comunque ha variamente giustificato l'inquadramento contrattuale della responsabilità del medico dipendente, ricorrendo a molteplici argomentazioni. Si pensi al principio dell'immedesimazione organica ex art. 28 Cost., all'art. 1411 c.c. relativo al contratto a favore del terzo, o ancora, al contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo ex artt. 1175, 1375 c.c. e 2 Cost.

³⁷³ Sulla natura contrattuale dell'obbligazione del medico dipendente della struttura sanitaria nei confronti del paziente vedi in giurisprudenza Cassazione, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, 3332 ss., con nota di F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*; in *Resp. civ. prev.*, 1999, 3, 661 ss., con nota di M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il «contatto sociale» conquista la Cassazione*; in *Danno e resp.*, 1999, 3, 294 ss., con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Contratti*, 1999, 11, 1007 ss., con nota di E. GUERINONI, *Obbligazione da «contatto sociale» e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo*; in *Foro it.*, 1999, I, 3338 ss., con nota di A. LANOTTE,; *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione*; in *Riv. It. Med. Leg.*, 2001, 4-5, 831 ss., con nota di E. D'ALOJA, A. FIORI, *La responsabilità professionale dei medici dipendenti dal servizio sanitario nazionale dopo la sentenza della Cassazione civile n. 589/1999 detta del «contatto sociale»*; in *Giurisprudenza italiana* 2000, 740, con nota di G. PIZZETTI, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da contatto sociale*; Cassazione, 29 settembre 2004, n. 19564, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 4; Cassazione, 21 giugno 2004, n. 11488, in *Danno e resp.*, 2005, 379 ss., con nota di M. FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*; Cassazione, 19 aprile 2006, n. 9085, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 4; Cassazione, sezioni unite, 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, 7, 793 ss.; Cassazione, 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 267 ss.;

In dottrina: C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, *Le ragioni del diritto*, Milano, 1995, 147 ss.; ID., *La nuova responsabilità civile*, terza edizione, Milano, 2006, 475 ss.; ID., voce «*Obblighi di protezione*», in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Ed.

Secondo la Corte non si può criticare la definizione come "contrattuale" della responsabilità del medico dipendente limitandosi ad invocare la rigidità del catalogo delle fonti ex art. 1173 c.c., che non consentirebbe obbligazioni contrattuali in assenza di contratto.

La norma, infatti, non ha carattere tassativo e non contiene, dunque, una compiuta elencazione dei modi attraverso i quali l'obbligazione nasce³⁷⁴; l'ampia formula, introdotta con il codice civile del 1942, deve essere pertanto interpretata in modo elastico³⁷⁵.

È stato rilevato che l'art. 1173 c.c., stabilendo che le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico, consente di inserire tra le fonti principi, soprattutto di rango costituzionale (tra cui, con specifico riguardo alla fattispecie, può annoverarsi il diritto alla salute), che trascendono singole proposizioni legislative³⁷⁶.

Da quanto detto emerge che l'espressione *responsabilità contrattuale* ricomprende, non soltanto i casi in cui si sia verificato l'inadempimento dell'obbligazione avente fonte contrattuale ma, anche, quei casi in cui si possa rinvenire, prima del verificarsi del danno, un rapporto (anche non contrattuale) fra due soggetti determinati in virtù del quale l'uno avesse un obbligo nei confronti dell'altro.

E proprio questo è il caso del medico dipendente della struttura sanitaria che, formalmente, non ha concluso alcun contratto con il paziente né ha eseguito nei suoi confronti alcuna prestazione.

La Corte di Cassazione accredita, quindi, l'ipotesi del "*rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale*"³⁷⁷. Questo contatto genera non tanto un obbligo di prestazione

Enc. it., 1990.; R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2007; S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004; P. IAMICELI, *Responsabilità del medico dipendente: interessi protetti e liquidazione del danno*, in *Corr. giur.*, 2000, 3, 376 ss.; S. MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 504 ss.; M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 325 ss.; F.R. FANTETTI, *Responsabilità medica, contatto sociale, e danno non patrimoniale da contratto*, in *Resp. civ.*, 2009 n. 8-9, 695 ss.; E. GUERINONI, *Contatto sociale e nesso causale nella responsabilità del medico dipendente*, in *Contratti* 2003, 1, 28 ss.; ID., "*Contatto sociale*" e *responsabilità contrattuale della A.S.L.*, in *Contratti* 2005, 1, 1, 987 ss.

³⁷⁴ Vedi M. GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, cit., 74 s., secondo il quale la formula ha volutamente riservato all'"ordinamento giuridico" il giudizio di idoneità di ogni singolo atto o fatto alla produzione di obbligazioni. A questo proposito è stato osservato che, dato il carattere elastico delle fonti, ogni loro classificazione avrebbe un valore meramente descrittivo. Invero si è sostenuto che l'unica classificazione utile potrebbe essere quella che distinguerebbe fra obbligazioni contrattuali e obbligazioni extracontrattuali. Fonte delle prime sarebbe un fatto o un atto impositivo di un obbligo a carico di un soggetto verso un determinato soggetto; fonte delle seconde sarebbe la violazione di una regola di condotta posta a protezione della generalità dei consociati.

³⁷⁵ Vedi le osservazioni di M. GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.* 1965, I, 70 ss., il quale sottolinea come l'art. 1097 del codice civile del 1865 prevedesse un sistema tipico delle fonti.

³⁷⁶ Cassazione, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3346.

³⁷⁷ Il problema che si pone per i contratti di fatto è dato dalla difficoltà di stabilire a quali condizioni il contatto sociale dia luogo al contratto ed in quali ipotesi sia giuridicamente irrilevante. Vedi a questo proposito E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, Milano 1954; ID. *Sui rapporti contrattuali di*

ma un dovere di protezione che trova la propria fonte nelle clausole generali di correttezza e di buona fede. Dette clausole svolgono la loro funzione al di là dell'adempimento di un rapporto obbligatorio (art. 1175) o di un rapporto contrattuale (art. 1375) e si pongono in diretta relazione con il precetto costituzionale di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., a sua volta rapportato al diritto alla salute che l'art. 32 protegge come fondamentale diritto dell'individuo³⁷⁸.

L'espressione contatto sociale si riassume una duplice veduta del fenomeno, sia sotto il profilo della fonte (il fatto idoneo a produrre l'obbligazione in conformità dell'ordinamento - art. 1173 c.c.) sia sotto quello del rapporto che ne scaturisce (e diviene allora assorbente la considerazione del rapporto, che si atteggia ed è disciplinato secondo lo schema dell'obbligazione da contratto)³⁷⁹.

La categoria mette in luce una possibile dissociazione tra la fonte -individuata secondo lo schema dell'art. 1173- e l'obbligazione che ne scaturisce. Quest'ultima può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale pur se il fatto generatore non è il contratto³⁸⁰.

In questa prospettiva, quindi, si ammette che *“le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto”³⁸¹, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso”³⁸².*

Si pone, pertanto, il problema di capire quando esso diventi giuridicamente rilevante per la nascita di un rapporto obbligatorio. La Corte descrive il medico come un operatore che svolge una professione protetta a tutela di beni costituzionali per la quale è necessaria un'abilitazione.

Si possono così individuare due elementi costitutivi che permettono l'instaurazione di un legame obbligatorio fra due persone che non hanno stipulato alcun contratto: 1) la posizione di garanzia di chi ha obblighi di cura imposti dall'arte che professa e che non possono essere diversi a seconda che vi sia o meno un contratto; 2) il ragionevole

fatto, in *Jus*, 1957, 353 ss.; L. CAMPAGNA, *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano 1958; R. SACCO, *Il contratto di fatto*, in *Tratt. dir. privato*, diretto da P. Rescigno, X, II ed., Torino, 1995.

³⁷⁸ F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contratto e Impresa* 2008, 1, 93.

³⁷⁹ Cassazione, 22 gennaio 1999, n. 589, cit., 3346.

³⁸⁰ Cassazione, 22 gennaio 1999, n. 589, cit., 3346; contra C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 487.

³⁸¹ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 487, distingue la categoria dei rapporti contrattuali di fatto dall'obbligazione senza prestazione. Entrambi nascono dal contatto sociale, tuttavia i primi, al contrario della seconda, producono obblighi di prestazione. Nello stesso senso vedi A. THIENE, cit., 348. Diversamente E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus* 1957, 357 s., che ha compreso, nella teorica dei rapporti contrattuali di fatto, anche quelli fondati sull'affidamento e in particolare i rapporti precontrattuali.

³⁸² Cassazione, 22 gennaio 1999, n. 589, cit., 3346.

affidamento di chi, essendo bisognoso di cure, si deve rivolgere ad un soggetto abilitato dallo Stato ad esercitare una determinata professione³⁸³.

Si aggiunga, inoltre, che la coscienza sociale, prima che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere all'operatore professionale un *non facere*, cioè il puro rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge confidando nella sua professionalità, bensì un *facere* nel quale si manifesta la perizia che deve contrassegnare quell'attività in ogni momento³⁸⁴.

Pertanto, la violazione degli obblighi di comportamento nati dal c.d. contatto sociale genera una responsabilità di natura contrattuale poiché il soggetto non ha fatto ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris* (culpa in non faciendo)³⁸⁵.

A quest'ultimo proposito occorre una precisazione. La Corte di Cassazione ha fatto riferimento ad un obbligo di protezione in ragione del fatto che il medico dipendente non assume, per contratto, alcuna prestazione. Da ciò conseguirebbe che l'oggetto dell'obbligazione dell'ente ospedaliero e del medico sarebbe diverso in quanto nell'un caso coinciderebbe con la prestazione sanitaria, nell'altro con la conservazione della sfera giuridica altrui³⁸⁶.

In dottrina vi è stato chi ha osservato come il vero elemento di novità, testimoniato anche dalla sentenza, sia rinvenibile più sul piano delle fonti dell'obbligazione che non su quello della loro tipologia (obbligazione senza prestazione)³⁸⁷.

La Corte sottolinea, infatti, che laddove non vi sia un vincolo contrattuale il paziente, di certo, non potrà pretendere la prestazione sanitaria dal medico; tuttavia se il medico interviene (in quanto tenuto nei confronti dell'ente ospedaliero), allora *l'esercizio dell'attività sanitaria non potrà essere differente, nel contenuto, da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico*.

³⁸³ Vedi sul punto C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 475.

³⁸⁴ Cassazione, 22 gennaio 1999, n. 589, cit., 3347.

³⁸⁵ Vedi a questo proposito Cassazione, 1 ottobre 1994, n. 7989, in *Giust. civ.*, 1995, I, 137 ss. secondo la quale la responsabilità contrattuale ricorre solo quando la pretesa risarcitoria venga formulata nei confronti di un soggetto autore di un danno ingiusto non legato all'attore da alcun rapporto giuridico precedente, o comunque indipendentemente da tale rapporto, mentre, se a fondamento della pretesa venga enunciato l'inadempimento di un'obbligazione volontariamente contratta, ovvero anche derivante dalla legge, è ipotizzabile unicamente una responsabilità contrattuale. In dottrina C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 484 s.

³⁸⁶ Secondo C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 485, "*poiché... il medico non è obbligato alla prestazione, la portata della responsabilità ne risulta diversa rispetto a quella che grava sulla struttura sanitaria: mentre nei confronti di quest'ultima può agire il paziente quando la cura, pur non dannosa, si sia rivelata inutile nonostante aspettative ingenerate e risultati promessi (in particolare ad es. chirurgia estetica), nei confronti del medico che abbia concretamente operato o curato, l'azione potrà riguardare esclusivamente i casi in cui la cura nonché inutile si sia rivelata dannosa per la salute del paziente. Inoltre mentre la struttura sanitaria è tenuta all'adempimento, non così il medico dipendente*". L'A. sostiene che l'espressione "*obbligazione senza prestazione*" coglie l'essenza del fatto escludendo da un lato che il medico sia debitore della prestazione a cui è tenuta invece la struttura sanitaria e, dall'altro lato, salvando la responsabilità del medico "*dall'onta di essere equiparata alla responsabilità del passante*".

³⁸⁷ A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 4, 450.

Da ciò consegue che il contatto sociale tra medico e paziente, qualificato dalla organizzazione nella quale il primo opera, rende il professionista debitore non semplicemente di un obbligo di protezione, che sebbene sia indirizzato verso il paziente rischia di far ricadere la responsabilità del medico nell'area aquiliana, bensì di una vera e propria prestazione inerente alla sua specifica attività professionale³⁸⁸.

Si è pensato, quindi, di capovolgere l'espressione "obbligazione senza prestazione" adottata dalla Suprema Corte e di parlare di una "prestazione senza obbligazione" nel senso che l'assunzione formale di un obbligo (cioè la nascita della responsabilità) è conseguente, non precedente alla esecuzione della prestazione sanitaria. In altri termini, se di norma l'obbligazione precede la prestazione, in questo caso, all'interno di un contesto dove viene valorizzato il momento esecutivo del rapporto, avverrebbe l'esatto contrario.³⁸⁹ Si potrebbe dire che, nel momento in cui il medico dipendente della struttura sanitaria *interviene* nel rapporto fra questa e il paziente, l'esecuzione della prestazione, o meglio *l'inizio* della sua esecuzione, sostituisce il momento consensualistico della nascita del *vinculum iuris* trattandosi di una prestazione socialmente rilevante eseguita da un professionista abilitato.

Altra parte della dottrina ha proposto un'ulteriore ipotesi ricostruttiva sul presupposto che il riferimento alla categoria degli obblighi di protezione non darebbe conto dell'esigenza di tutela degli interessi del paziente diversi dalla mera salvaguardia della sfera dell'integrità personale. Secondo tale ipotesi l'accettazione nella struttura e la successiva assegnazione al medico costituirebbero fatti che, per legge, danno vita ad un rapporto di cura il cui contenuto richiama l'adempimento di obbligazioni nascenti da un contratto d'opera professionale. In tal modo viene configurata una responsabilità del medico parallela a quella dell'ospedale, ad essa funzionalmente collegata, ma non necessariamente dipendente³⁹⁰.

³⁸⁸ Vedi a questo proposito in giurisprudenza, Cassazione, 13 aprile 2007, n. 8826, in *Giur. it.*, 2008, 1, 63 ss. secondo cui "Nel contatto sociale è infatti da ravvisarsi la fonte di un rapporto che quanto al contenuto non ha ad oggetto la "protezione" del paziente bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale". Ed ancora "l'esistenza di un contratto è rilevante solo al fine di stabilire se il medico è obbligato alla prestazione della sua attività sanitaria (salve le ipotesi in cui detta attività è obbligatoria per legge: ad es. art. 593 c.p., Cass. pen., 10/4/1978, n. 4003, Soccardo). In assenza di dette ipotesi di vincolo il paziente non può invero pretendere la prestazione sanitaria dal medico, ma se il medico in ogni caso interviene (ad es., in quanto al riguardo tenuto nei confronti dell'ente ospedaliero) l'esercizio della sua attività sanitaria (e quindi il rapporto paziente-medico) non può essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico (v. Cass., 22/1/1999, n. 589)"; Trib. Roma, 20 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, 1, 909, secondo cui "La responsabilità del medico ospedaliero è di natura contrattuale anche in caso di inesistenza di un pregresso rapporto obbligatorio col paziente poiché con quest'ultimo, nel momento in cui il sanitario decide di intervenire, si instaura un rapporto contrattuale di fatto". Da quel momento egli "acquista i diritti e assume gli obblighi che sarebbero scaturiti dalla conclusione di un ordinario contratto di prestazione d'opera professionale".

³⁸⁹ A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., 450, il quale sottolinea come "l'esistenza di prestazione senza obbligazione segna un ulteriore modo di essere dell'obbligazione che adegua il proprio contenuto alle regole oggettive della prestazione professionale e ciò anche in assenza di contratto".

³⁹⁰ M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 325 ss.

Vi è stato infine chi, in accoglimento della tesi appena riportata, ha affermato che il medico, in virtù dell'arte che professa, è tenuto a migliorare le condizioni del paziente a prescindere dalle fonti dell'obbligazione e che quindi quest'ultimo può vantare il diritto all'esatto adempimento della prestazione principale³⁹¹.

4. Obbligazioni di mezzi e di risultato: le implicazioni di una distinzione ormai superata.

Il processo di contrattualizzazione ha avuto il generale effetto di escludere che la responsabilità medica (quella della struttura sanitaria e quella del medico) fosse equiparata, quanto alla disciplina, alla responsabilità aquiliana.

In particolare, la responsabilità del medico dipendente è stata ricondotta nell'ambito dell'inadempimento dell'obbligazione preesistente ed ha permesso l'applicazione dell'art. 1218 c.c. invece che dell'art. 2043 c.c. con evidenti risvolti, a vantaggio del paziente, sul piano dell'onere della prova e del termine di prescrizione.

La piena comprensione del fenomeno della contrattualizzazione richiede, tuttavia, l'analisi della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato³⁹².

Secondo la definizione tradizionale nelle obbligazioni di mezzi l'oggetto dell'obbligazione è costituito dal comportamento del debitore e la diligenza è considerata come il criterio determinativo del contenuto del vincolo, con la conseguenza che il risultato che il creditore si aspetta di raggiungere è caratterizzato da aleatorietà in quanto esso dipende oltre che dalla condotta debitoria anche da altri fattori esterni oggettivi o soggettivi.

Nelle obbligazioni di risultato, invece, ciò che rileva è il conseguimento del risultato a prescindere dall'attività strumentale sostenuta per ottenerlo. In questo caso la diligenza opera solamente come parametro ossia come criterio di controllo e valutazione del comportamento del debitore.

Tale impostazione, si è detto, non è immune da profili problematici, soprattutto se applicata alle ipotesi di prestazioni d'opera intellettuale, in considerazione della struttura

³⁹¹ S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2005.

³⁹² Sulla discussa dicotomia vedi L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* in *Riv. dir. comm.*, 1954, 185 ss.; P. RESCIGNO, *Obbligazione (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 190 ss.; V. CARBONE, *Obbligazioni di mezzi e di risultato tra progetti e tatuaggi*, in *Corr. giur.*, 1997, 5, 550 (nota a Cass. civ. n. 3046/1997); ID., *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e resp.*, 1999, 3, 294, nota a Cass. civ., Sez. III, 22/1/1999 n. 589; A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 2008, 8-9, 871, nota a Cass. Civ., Sez. Un., 11/1/2008, n. 577; A. DI MAJO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*, in *Corr. giur.*, 2005, 33 ss.; DE LORENZI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 397 ss.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, 226; ID., voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 598; P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1280; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, 171 ss.; C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, in *Diritto civile*, 4, 1993, 71 ss.; OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.* 1918, 209 ss.

stessa del rapporto obbligatorio e tenuto conto del fatto che un risultato è sempre e comunque dovuto. In ogni obbligazione si richiede, infatti, la compresenza sia del comportamento sia del risultato³⁹³.

In particolare è stato sostenuto che il modo d'intendere l'obbligazione di mezzi in contrapposizione a quella di risultato è il frutto di un equivoco nella corretta comprensione della terminologia utilizzata per indicare le due categorie: obbligazioni distinguibili sulla base "di una minore o maggiore corrispondenza del termine finale dell'obbligazione (risultato dovuto) al termine iniziale, all'interesse cioè del creditore"³⁹⁴, ma non sulla base della presenza o meno di un risultato dovuto che, rappresentando l'utilità destinata al creditore, non può mancare in nessun rapporto obbligatorio³⁹⁵.

L'infondatezza della distinzione è stata affermata sull'assunto che non vi sarebbe alcun riferimento normativo in grado di giustificare una disciplina differenziata per le due categorie di obbligazioni per le quali è prevista, invece, una disciplina unica.

La dicotomia obbligazioni di mezzi-obbligazioni di risultato, oggetto di molteplici critiche in dottrina, è stata accolta in modo granitico, fino a pochi anni fa, dalla giurisprudenza come strumento di favore, ora del medico, ora del paziente.

Dall'analisi della casistica giurisprudenziale emerge, infatti, come la distinzione sia stata utilizzata, in un primo momento, come mezzo per predisporre un assetto giuridico del rapporto sanitario che fosse favorevole al medico. Tale posizione trovava giustificazione in un contesto caratterizzato ancora da scarse conoscenze mediche e da scarsa sensibilità per i diritti della personalità.

Si consideri, infatti, che nell'obbligazione di mezzi, qual è quella del medico, l'oggetto della pretesa creditoria era costituito dal contegno del debitore e non dal risultato. Di conseguenza la prestazione giungeva ad identificarsi con una condotta diligente dove la diligenza ex art. 1176 c.c. diveniva un criterio di valutazione dell'esatto adempimento. Ciò si rifletteva sul regime probatorio regolato dal principio generale dell'art. 1218 c.c. che, in tal modo, subiva una sorta di deroga; si richiedeva al creditore-paziente la prova della colpa del debitore e così si introduceva un'inversione dell'onere della prova a favore del medico, trasportando nell'area contrattuale la disciplina dell'illecito aquiliano ex art. 2043 c.c.

In un secondo momento, e specificamente dagli anni settanta in poi, la distinzione è stata utilizzata a favore del paziente per risolvere problemi di ordine pratico quali la

³⁹³ In questo senso M. GIORGIANNI, *Obbligazioni (teoria generale)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 581 ss.

³⁹⁴ L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni «di mezzi»* cit., 188.

³⁹⁵ Sul punto vedi L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni «di mezzi»* cit., 188, e ID., *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, 156 ss., il quale afferma che "non ha senso una obbligazione in cui non sia dedotto un comportamento produttivo di una utilità destinata al creditore. Questa utilità è precisamente il risultato dovuto, il bene assicurato dal diritto di credito".

distribuzione del carico probatorio e l'individuazione del contenuto dell'obbligo ai fini del giudizio di responsabilità.

Il progresso scientifico e la riscoperta dei diritti della personalità, testimoniata dalla lunga e travagliata vicenda del danno biologico o danno alla salute, hanno determinato l'introduzione, nelle motivazioni delle pronunce, di correttivi che permettessero, in determinati settori dell'attività sanitaria come quello estetico, di agevolare il paziente nella difesa del suo diritto alla salute³⁹⁶.

In un contesto caratterizzato da cambiamenti sul piano culturale e scientifico, sia a livello nazionale che internazionale, la volontà di ampliare la responsabilità contrattuale del professionista ha dato luogo ad una specie di metamorfosi dell'obbligazione di mezzi in obbligazioni di risultato attraverso l'individuazione di doveri di informazione e di avviso³⁹⁷ definiti accessori ma, tuttavia, integrativi dell'obbligo primario di prestazione ed ancorati al principio di buona fede.

Il primo segnale di cambiamento, con il quale sono saltate le mura di confine tra obbligazioni di mezzi e risultato, si ebbe nel 1978, quando la Corte di Cassazione, pronunciandosi su un caso avente ad oggetto un'operazione di chirurgia estetica, ha stabilito che dovesse effettuarsi una diversa distribuzione del carico probatorio fra le parti a seconda che l'intervento fosse di facile o difficile esecuzione³⁹⁸.

Da quel momento ha cominciato a consolidarsi l'orientamento secondo il quale, quando l'intervento da cui è derivato il danno non è di difficile esecuzione, la dimostrazione da parte del paziente dell'aggravamento della sua situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie è idonea a fondare una presunzione semplice in ordine all'inadeguata o negligente prestazione, spettando all'obbligato fornire la prova che la prestazione

³⁹⁶ La responsabilità medica è uno dei settori sensibili che sono stati interessati da quel processo evolutivo, realizzatosi nel più vasto campo della responsabilità civile, che ha visto lo spostamento dell'attenzione dal danneggiante al danneggiato, e l'affermarsi dell'idea di responsabilità al posto dell'idea di riparazione all'interno di una più generale tendenza della responsabilità civile a conquistare spazi autonomi rispetto alla responsabilità penale.

³⁹⁷ Cassazione, 28 maggio 2004, n. 10297, in *Danno e resp.*, 2005, 1, 26 ss.

³⁹⁸ Cassazione, 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Arch. civ.* 1979, 335 secondo la quale *"Il cliente, che assume di essere stato danneggiato dalla prestazione professionale del chirurgo, ha l'onere di provare che l'operazione (ed eventualmente le terapie postoperatorie) era di facile esecuzione (non richiedeva, cioè, particolare abilità e presentava un minimo rischio di esito negativo o peggiorativo), e che per effetto dell'intervento (e, se del caso, delle terapie postoperatorie) ha subito un peggioramento delle condizioni originarie, mentre il chirurgo, per liberarsi della presunzione di inadeguata o negligente effettuazione della prestazione conseguente all'adempimento dell'indicato onere probatorio a carico del cliente, deve provare che ha eseguito in modo adeguato e diligente la prestazione e che l'esito peggiorativo dell'operazione è stato determinato da un evento imprevisto e imprevedibile secondo l'ordinaria diligenza professionale ovvero dalle particolari condizioni fisiche del paziente non accertabili con la medesima diligenza. (nella specie, la sentenza cassata con motivazione ritenuta in contrasto con il principio testè ricordato, aveva escluso la responsabilità del chirurgo, e quindi dell'ospedale da cui dipendeva, per il notevole aggravamento della deambulazione e per la distorsione e l'incurvatura verso l'alto dell'arto inferiore sinistro, subiti dal paziente a seguito dell'intervento chirurgico e della ingessatura preordinati ad eliminare il plantismo plantare di cui era affetto)"*; Cassazione civile 16 novembre 1988, n. 6220, in *Giust. civ. mass.*, 1988, fasc. 11; cassazione, 11 marzo 2002, n. 3492, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 435 ss.

professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile (principio *res ipsa loquitur*).

In particolare, in base al suddetto principio, nel caso di intervento di difficile esecuzione il medico deve provare soltanto la natura complessa dell'operazione mentre il paziente deve dimostrare quali siano state le modalità di esecuzione ritenute inadeguate; nel caso di intervento di facile o routinaria esecuzione, invece, il paziente ha il solo onere di provare la natura routinaria dell'intervento, mentre il medico, se vuole andare esente da responsabilità, deve dimostrare che l'esito negativo non è ascrivibile a propria negligenza o imperizia³⁹⁹.

Gli approdi ai quali è pervenuta la giurisprudenza di legittimità sono stati rilette alla luce di un'importante sentenza emessa a Sezioni Unite dalla Corte di Cassazione il 30 ottobre 2001 in tema di onere della prova dell'inadempimento e dell'inesatto adempimento dell'obbligazione.

Le sezioni unite, senza fare alcun riferimento alla dicotomia in discussione, hanno enunciato il principio secondo cui il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento ovvero per l'adempimento, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento.

Analogo principio è stato enunciato in riferimento all'inesatto adempimento. Si è rilevato che in tal caso il creditore deve allegare l'inesattezza dell'adempimento (per violazione dei doveri accessori, come quelli di informazione), gravando sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, sulla scia delle sezioni unite, ha applicato questo principio probatorio anche alle cause di responsabilità professionale del medico.

Si è ritenuto, infatti, che gravasse sull'attore (paziente danneggiato che agisce in giudizio adducendo l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria) la prova del contratto, dell'aggravamento della situazione patologica o dell'insorgenza di nuove patologie e del nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del debitore e l'evento dannoso, dovendosi solamente allegare l'inadempimento del sanitario; mentre a carico del debitore è stato posto l'onere di provare l'esatto adempimento, cioè la tenuta di un comportamento diligente⁴⁰⁰.

³⁹⁹ Cassazione, 4 febbraio 1998, n. 1127, in *Giur. it.*, 1998, 1800 ss.; vedi anche Cassazione 19 maggio 1999, n. 4852, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 995 con nota di M. GORGONI, *Disfunzioni tecniche e di organizzazione sanitaria e responsabilità professionale medica*; Cassazione, 30 maggio 1996, n. 5005, in *Giust. civ. Mass.* 1996, 797 ss.; cassazione, 16 febbraio 2001, n.2335, in *Giust. civ. Mass.* 2001, 268 ss.; cassazione civile 16 novembre 1988, n. 6220, in *Giust. civ. mass.*, 1988, fasc. 11.

⁴⁰⁰ Cassazione, 24 maggio 2006, n. 12362, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 5 secondo cui "in tema di responsabilità dell'ente ospedaliero per inesatto adempimento della prestazione sanitaria, inquadrabile nella responsabilità contrattuale, è a carico del danneggiato la prova dell'esistenza del contratto e dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie), nonché del relativo

È stato accolto, in tal modo, il principio di *referibilità* o *vicinanza della prova*, inteso come apprezzamento dell'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla, secondo il quale l'onere della prova va posto “*a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento e che è quindi in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore*”⁴⁰¹.

Di recente è stato fatto un altro passo avanti nella tutela del paziente. La Corte di Cassazione, pronunciandosi ancora a Sezioni Unite, ha affermato che la prova del nesso di causalità fra l'aggravamento della patologia (o l'insorgenza di nuove patologie) e l'azione o l'omissione dei sanitari non deve gravare sul paziente bensì sul medico. E ciò in quanto ragionare diversamente significherebbe legittimare la distinzione, ormai superata sul piano probatorio, tra obbligazioni di mezzi e di risultato⁴⁰². Si è stabilito, pertanto, che il creditore debba solamente allegare l'inadempimento del debitore; ma a ciò si è aggiunta una precisazione. Al fine di non creare un eccessivo squilibrio fra le parti in danno del medico, la Corte ha stabilito che l'inadempimento rilevante, nell'ambito dell'azione di risarcimento del danno nelle obbligazioni c.d. di comportamento, non sia qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno. Ciò comporta che l'allegazione del creditore dovrà riguardare specificamente un inadempimento qualificato, cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno⁴⁰³.

È stata così disegnata negli ultimi anni, in giurisprudenza, una responsabilità professionale particolarmente rigorosa nella quale il giudice assume un ruolo fondamentale

nesso di causalità con l'azione o l'omissione dei sanitari, restando a carico di questi ultimi la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento impreveduto ed imprevedibile”; cassazione, 11 novembre 2005, n. 22894, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 7/8; cassazione, 28 maggio 2004, n. 10297, in *Danno e resp.*, 2005, 26 ss. con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*, nella quale si parla di una sostanziale trasformazione dell'obbligazione del professionista da obbligazione di mezzi ad obbligazione di quasi risultato e della proiezione della responsabilità medica in una dimensione “paraoggettiva” o comunque aggravata in favore del paziente creditore; cassazione, 3 agosto 2004, n. 14812, in *Danno e resp.*, 2005, 369 ss., con nota di FLICK; cassazione, 21 gennaio 2000, n. 632, in *Giust. civ. mass.*, 2000, 100 ss.

⁴⁰¹ Cassazione, 21 giugno 2004, n. 11488, in *Danno e resp.*, 2005, 1, 23 ss. Vedi anche Cassazione, sezioni unite, 10 gennaio 2006, n. 141, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 2, 440 ss., con nota di A. VALLEBONA, *L'onere probatorio circa i requisiti dimensionali per la tutela reale contro il licenziamento: le sezioni unite cambiano idea*, che in una causa relativa all'estinzione del rapporto di lavoro subordinato per licenziamento ha stabilito che il peso della prova viene ripartito facendo riferimento al principio della referibilità o vicinanza, o disponibilità del mezzo (è più facile al debitore dimostrare il fatto positivo di avere adempiuto che non al creditore di dimostrare l'opposto fatto negativo); principio riconducibile all'art. 24 Cost., che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge in modo da renderne impossibile o troppo difficile l'esercizio (Corte Cost. 21 aprile 2000 n. 114)

⁴⁰² Cassazione, 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, 7, 788 ss., con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*; e in *Danno e resp.*, 2008, 8-9, 871 ss, con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*. Vedi però a questo proposito, in controtendenza rispetto alla decisione delle sezioni unite, Cassazione 2847-2010 secondo cui la prova del nesso causale tra inadempimento e danno compete, comunque, alla parte che allegghi l'inadempimento altrui e pretenda per questo il risarcimento, non potendo ritenersi che il medico debba rispondere della lesione del diritto alla salute per il solo difetto di un consenso consapevolmente prestato.

⁴⁰³ Cassazione, 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, 7, 791.

nella ricostruzione della fattispecie sostanziale e nella conseguente ripartizione dell'onere della prova e nella quale la dicotomia obbligazioni di mezzi - obbligazioni di risultato può avere solo una funzione meramente descrittiva essendo stata dogmaticamente superata, almeno in tema di riparto dell'onere probatorio, dalla predetta sentenza delle sezioni unite n. 13533 del 2001⁴⁰⁴.

5. L'informazione e il consenso nell'attività medica.

Attualmente l'attività medica non trova più la sua legittimazione nel consenso dell'avente diritto ma si autogiustifica in quanto orientata alla tutela della salute del paziente, fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività⁴⁰⁵.

Il riferimento al consenso dell'avente diritto, quale scriminante di un'attività altrimenti ritenuta illecita, rifletteva in maniera distorta il modo di intendere l'elemento consensuale. Il paziente che acconsente all'intervento non rinuncia al suo diritto alla salute bensì lo esercita e lo promuove nel suo rapporto con il medico⁴⁰⁶.

Il principio dell'autolegittimazione dell'attività medica, anche al di fuori dei limiti di cui all'art. 5 c.c., non può, però, in alcun modo giustificare l'intervento arbitrario del medico che, salvo casi eccezionali, operi senza prima avere richiesto il consenso informato del paziente. È stato rilevato, infatti, che *“l'atto medico si compie sulla persona e nell'interesse del paziente e dunque solo quest'ultimo può decidere, operando un bilanciamento fondato su valutazioni religiose, esistenziali ed etiche intimamente legate*

⁴⁰⁴ Vedi a questo proposito cassazione, sezioni unite, 11 gennaio 2008, n. 577, cit., 790; ed anche cassazione, sezioni unite, 28 luglio 2005, n. 15781, in *Giur. it.*, 2006, 7, 1380 ss.

⁴⁰⁵ Cassazione, 25 novembre 1994, n. 10014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 937 ss., con nota di G. FERRANDO, *Chirurgia estetica, consenso informato del paziente e responsabilità del medico*, la quale ha sottolineato come *«sarebbe riduttivo fondare la legittimazione dell'attività medica sul consenso dell'avente diritto (art. 51 c.p.) che incontrerebbe spesso l'ostacolo di cui all'art. 5 cod. civ. risultando la stessa di per sé legittima, ai fini della tutela di un bene, costituzionalmente garantito, quale il bene della salute, cui il medico è abilitato dallo stato»*. Perciò considera quella medica un'attività che si auto legittima al di là dei limiti dell'art. 5 c.c.

La conferma che l'intervento chirurgico è di per sé lecito in quanto orientato alla tutela della salute del paziente viene da Corte Cost. 24.5.1985, n. 11, in *Foro it.*, 1985, I, 2162., la quale pronunziandosi sulla questione di legittimità costituzionale relativa alla legge sui transessuali ha sottolineato che *“gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, anche psichica, devono ritenersi leciti. La natura terapeutica che la scienza assegna all'intervento chirurgico e che la legge riconosce nella fattispecie considerata ne esclude l'illiceità, mentre le norme che lo consentono, dettate a tutela della persona umana e della sua salute “fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività”, non offendono per certo i parametri costituzionali invocati”*.

Secondo Cassazione, 23 maggio 2001, n. 7027, in *Foro it.*, 2001, I, 2504 ss.; *“l'attività medica trova fondamento e giustificazione, nell'ordinamento giuridico, non tanto nel consenso dell'avente diritto (art. 51 c.p.), come si riteneva nel passato, poiché tale opinione, di per sé, contrasterebbe con l'art. 5 c.c., in tema di atti di disposizione del proprio corpo, ma in quanto essa stessa legittima, volta essendo a tutelare un bene costituzionalmente garantito, qual è quello della salute”*.

⁴⁰⁶ G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico: principi, problemi e linee di tendenza*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno* 1998, 219.

allo stesso modo di autopercezione dell'essere della persona, se e quali strade privilegiate tra quelle offerte dalla scienza medica"⁴⁰⁷.

Si afferma, pertanto, l'idea secondo cui il consenso è richiesto non tanto perché l'attività medica sia illecita in sé quanto piuttosto perché è illecita qualsiasi attività, anche non medica, che impedisca alla persona di decidere e disporre in modo autonomo di sé⁴⁰⁸.

L'affermazione del principio del consenso informato in ambito medico esprime un duplice significato: anzitutto, etico-culturale⁴⁰⁹, perché segna il passaggio dalla *concezione paternalistica dei doveri del medico* alla moderna *concezione personalistica dei diritti del paziente*, e, in secondo luogo, giuridico e pratico operativo poiché il *fondamento primario* dei poteri-doveri del medico è individuato nel consenso del paziente, espressione, a sua volta, di un valore costituzionalmente protetto⁴¹⁰.

È principio ormai consolidato, infatti, che il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configuri quale vero e proprio diritto della persona e trovi fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono che «*la libertà personale è inviolabile*» e che «*nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge*»⁴¹¹.

La circostanza che il consenso informato trovi il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che

⁴⁰⁷ G. GENNARI, *Consenso (dis)informato: quale il danno da risarcire?*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, III, 760 ss.; sul tema dell'autopercezione che il paziente ha di sé vedi P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. comm.*, 2000, II, 1 ss.

⁴⁰⁸ G. FERRANDO, *Chirurgia estetica, consenso informato del paziente e responsabilità del medico*, cit., 946; secondo A. GAMBARO, *La responsabilità medica nella prospettiva comparatistica*, in *La responsabilità medica*, Milano 1982, 67 ss., il principio del consenso "poggia sull'antica idea giuridica e civile che ogni individuo è titolare di un diritto esclusivo sul proprio corpo per cui qualsiasi manipolazione di esso senza il consenso del titolare del diritto costituisce una delle più antiche e primordiali forme di illecito".

⁴⁰⁹ Si veda a questo proposito l'art. 33 del Codice Deontologico del 2006 in base al quale "Il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate. Il medico dovrà comunicare con il soggetto tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche. Ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente deve essere soddisfatta".

⁴¹⁰ F. MANTOVANI, *Il consenso informato: pratiche consensuali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2000, 1, 9 ss.

⁴¹¹ Il fondamento normativo della necessità del consenso informato si rinviene, a partire dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 471/1990, nell'art. 13 Cost. il cui precetto si riferisce non soltanto al diritto della persona a non subire contro la propria volontà atti o interventi sul corpo ma anche a decidere liberamente e volontariamente in ordine ad attività che coinvolgano la propria libertà fisica. Sul fondamento costituzionale del consenso informato vedi in particolare G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico: principi, problemi e linee di tendenza*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, 1998, 205 ss.; EAD., *Libertà. Responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 10 ss.; G. CRISCUOLI, *Ragionevolezza e «consenso informato» del paziente*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, I, 482 ss.; G. CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento chirurgico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 959 ss.

ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione⁴¹².

Autorevole dottrina, nel richiamare le Sezioni Unite n. 26972/2008 -che ammettono un'immediata rilevanza del diritto all'autodeterminazione in sede di tutela risarcitoria del danno non patrimoniale- sottolinea come il diritto civile sia diventato il luogo di elezione per il concretizzarsi di significative dinamiche costituzionali.⁴¹³

Anche in ambito internazionale numerose norme prevedono la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti medici.

Si consideri, in particolare, l'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, il quale, premesso che gli Stati "riconoscono il diritto del minore del minore di godere del migliore stato di salute possibile di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione", dispone che "tutti i gruppi della società in particolare i genitori e i minori ricevano informazioni sulla salute e sulla nutrizione del minore.

L'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145 (seppure ancora non risulta depositato lo strumento di ratifica), prevede che "un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato"; l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, sancisce, poi, che "ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica" e che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere, in particolare rispettato, tra gli altri, "il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge".

La necessità che il paziente sia posto in condizione di conoscere il percorso terapeutico emerge in leggi nazionali che disciplinano specifiche attività mediche: ad esempio, dall'art. 3 della legge 21 ottobre 2005, n. 219⁴¹⁴, dall'art. 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40⁴¹⁵, nonché dall'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833⁴¹⁶, il quale prevede che le cure sono di norma volontarie e nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se ciò non è previsto da una legge.

⁴¹² Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, 5, 1, 1328 ss.

⁴¹³ S. RODOTÀ, *Editoriale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 1, 3 ss., il quale parla di un "nuovo costituzionalismo dei privatisti".

⁴¹⁴ Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati.

⁴¹⁵ Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

⁴¹⁶ Istituzione del servizio sanitario nazionale.

Il consenso informato si articola in due fasi, quella dell'informazione e quella del consenso. L'informazione deve essere onesta, cioè chiara ed essenziale ed estesa a tutto ciò che è necessario sapere per l'adozione di una decisione consapevole⁴¹⁷: diagnosi, prognosi, stato dell'organizzazione dell'ente nel quale dovrà svolgersi l'intervento, alternative terapeutiche, benefici e rischi del decorso postoperatorio, incidenza del trattamento sulla qualità di vita, rischi in caso di rifiuto delle cure.

Il consenso deve essere personale, reale, libero, spontaneo e deve riguardare le varie fasi dell'intero rapporto medico paziente⁴¹⁸. Esso rappresenta, in particolare, elemento del contratto di cura ed al contempo autorizzazione a ciascun atto medico⁴¹⁹.

Se certa è la necessità del consenso informato, controversa è la natura della responsabilità del medico per la violazione dell'obbligo di fornire al paziente un'informazione completa e corretta⁴²⁰.

⁴¹⁷ Il Comitato Nazionale di Bioetica, con parere del 20 giugno 1992, si è pronunciato sul tema "Informazione e consenso all'atto medico". In quell'occasione si è precisato che l'informazione non deve risolversi in una trasmissione di dati e notizie, ma deve indicare al paziente le alternative, terapeutiche e non, che siano possibili. Non si tratta, infatti, di colmare il divario di conoscenze tecniche che sussiste tra medico e paziente, ma di porre la persona nelle condizioni di esercitare i propri diritti, di esprimere una volontà effettiva, di scegliere consapevolmente.

⁴¹⁸ F. MANTOVANI, *Il consenso informato*, cit., 10 ss., il quale disegna la seguente sequenza: informazione-consapevolezza-validità-consenso.

⁴¹⁹ G. FERRANDO, *Chirurgia estetica, consenso informato del paziente e responsabilità del medico*, cit., 946.

⁴²⁰ Sull'obbligo di informazione e sul principio del consenso informato vedi G. CITARELLA, *Obblighi di informazione e responsabilità del chirurgo plastico*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 3, 677; G. FACCI, *Brevi osservazioni in tema di funzione riparatoria della responsabilità civile e violazione del sanitario del dovere di informazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2, 408 ss.; ID., *Il dovere di informazione del sanitario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, 617 ss.; ID., *Violazione del dovere d'informazione da parte del sanitario e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1 ss.; A. FIORI, G. LA MONACA, *L'informazione al paziente ai fini del consenso: senza più limiti*, in *Rivista it. Med. Leg.*, 2000, XXII, 1302 ss.; FRANZONI M., *La responsabilità del medico tra diagnosi, terapia e dovere d'informazione*, in *Resp. civ.*, 2005, 7, 584 ss.; M. GORGONI, *La "stagione" del consenso e dell'informazione: strumenti di realizzazione del diritto alla salute e di quello all'autodeterminazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 2, 488 ss.; A. LANOTTE, *L'obbligo d'informazione: adempimento di un dovere burocratico*, in *Danno e resp.*, 2006, 5, 537, nota a Tribunale Genova, Sez. II, 10/1/2006; G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente: consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008; F. ROCCHIO, *Il dovere di informazione del medico tra responsabilità contrattuale e precontrattuale*, in *Giur. merito*, 2005, 5, 1038 ss.; ROMANO M., *Considerazioni in tema di responsabilità contrattuale del medico per violazione del dovere di informazione*, in *Giur. it.* 1987, I, 1135 ss.; I. TARDIA, *Buona fede ed obblighi di informazione tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale*, in *Rass. dir. civ.* 2004, 3, 725 ss.; A. FUSARO, «*Il consenso all'anestesia non si presume*», in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 577 ss.; M. GASPARINI, G. AMATO., A. DI MARTINO, *Consenso informato: i limiti all'attività sanitaria*, in *Responsabilità e Risarcimento* 2009, 2 ss.; G. GENNARI, *Consenso informato: ritorno all'anno zero*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 9, 1411 ss.; ID., *Il consenso informato come espressione di libertà*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 10, 2133 ss.; ID., *Consenso (dis)informato: quale il danno da risarcire?*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 3, 760 ss.; G. GUERRA, *Consenso informato: tutela del diritto alla salute o della libertà di scelta?*, in *Danno e resp.*, 2005, 8-9, 872 ss.; F. INTRONA, *Consenso informato e rifiuto ragionato*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1998, IV, 821 ss.; B. MAGLIONA, *Libertà di autodeterminazione e consenso informato all'atto medico: un'importante sentenza del Tribunale di Milano*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 6, 1633 ss.; F. MANTOVANI, *Il consenso informato: pratiche consensuali*, in *Rivista it. Medicina legale* 2000, XXII, 9 ss.; A. PALMIERI, *Relazione medico-paziente tra consenso «globale» e responsabilità del professionista*, in *Foro it.* 1997, I, 772 ss.; M. PETRI, *Il consenso informato all'atto medico*, in *Corr. merito*, 2005, 2, 150 ss.; A. PINNA, *Autodeterminazione e consenso: da regola per i*

Secondo un primo orientamento si tratterebbe di responsabilità precontrattuale, secondo un'altra impostazione, invece, il medico che non informa il paziente sarebbe soggetto a responsabilità contrattuale.

In varie pronunce di merito e di legittimità la responsabilità per omessa o inesatta informazione preordinata all'ottenimento di un consenso informato viene fatta discendere dalla violazione del dovere fissato dall'art. 1337 c.c. di comportarsi secondo buona fede durante le trattative⁴²¹.

In particolare, si giustifica tale affermazione asserendo che il consenso, oltre che legittimare l'intervento sanitario costituirebbe uno degli elementi essenziali del contratto tra il paziente ed il professionista (art. 1325 c.c.) avente ad oggetto la prestazione del professionista, sicché l'obbligo di informare il paziente discende dal comportamento secondo buona fede cui si è tenuti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto⁴²².

Particolare rilievo assumono le argomentazioni addotte da una sentenza di merito⁴²³ per giustificare l'adesione alla tesi della natura precontrattuale del dovere di informazione.

In primo luogo, viene sottolineato come l'omessa o incompleta informazione leda, prima di tutto, il diritto costituzionalmente protetto ex art. 32, 2° comma Cost. all'autodeterminazione nel sottoporsi ad interventi sanitari incidenti sull'integrità fisica del paziente, e quindi un bene giuridico diverso da quello sotteso alla prestazione medica.

In secondo luogo, si fa leva sulla circostanza per cui la fonte dalla quale nasce il dovere di informare il paziente è individuabile non tanto nel negozio giuridico di natura contrattuale che ancora non è stato concluso, bensì nella generale clausola del *neminem laedere* ex art. 2043 c.c. ed in particolare nel dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto ex art. 1337 c.c.

In terzo luogo, si sostiene che l'omessa informazione vulnera in via diretta la sfera di volontà del paziente già nel momento in cui essa si verifica e a prescindere dall'esito successivo dell'intervento chirurgico. In altri termini, l'omissione o l'insufficienza dell'informazione assume autonoma rilevanza nella fase precontrattuale perché inficia il

trattamenti sanitari a principi generali, in *Contr. impr.*, 2006, 589 ss.; M. RIARIO SFORZA *Obblighi di protezione e consenso informato nella responsabilità medica*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 12, 553 ss.; R. SIMONE, *Consenso informato e onere della prova*, in *Danno e resp.*, 2010, 7, 690 ss.

⁴²¹ In questo senso vedi, in particolare, Cassazione, 30 luglio 2004, n. 14638, in *Giur. it.*, 2005, 1395 ss., secondo cui il medico, in mancanza dell'informazione, violerebbe il dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento della trattative e nella formazione del contratto.

⁴²² In tal senso vedi Cassazione, 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, 2913 ss.; Cassazione, 15 gennaio 1997, n. 364, in *Danno e resp.*, 1997, 178 ss., con nota di V. CARBONE, *Il consenso all'operazione vale come consenso all'anestesia?*; Cassazione, 26 marzo 1981, n. 1773, in *Giust. civ. mass.*, 1981, fasc. 3; Cassazione 12 maggio 1982, n. 3604, in *Giust. civ. Mass.* 1982, fasc. 6; anche i giudici del merito collocano la fonte del dovere informativo nell'art. 1337 c.c.: in tal senso Corte d'Appello Bologna, 21 novembre 1996, in *Resp. civ. prev.*, 1997, 374 ss.; Trib. Genova, 3 gennaio 1996, in *Danno e resp.*, 1997, 94 ss., con nota di A. M. BENEDETTI, *Natura della responsabilità del medico e ripartizione dell'onere della prova*.

⁴²³ Corte d'Appello Venezia, 26 marzo 2003, in *Giur. merito*, 2004, 9, 1656-1657.

corretto procedimento di formazione della volontà del paziente inducendolo in errore vizio. La dolosa o colposa omessa informazione costituirebbe causa efficiente dell'errore in cui incorre il paziente acconsentendo ad un contratto sanitario in realtà invalido.

Sotto un diverso angolo visuale, parte della dottrina ha ritenuto di poter applicare l'art. 1338 c.c. riconducendo l'omessa o l'insufficiente informazione nel procedimento formativo del contratto. La norma, infatti, sarebbe applicabile ogni qualvolta, *anche solo per negligenza*, una parte ometta di comunicare all'altra circostanze tali da compromettere l'efficacia del contratto. Il consenso prestato senza che si sia avuta conoscenza delle caratteristiche e degli esiti dell'operazione, pertanto, dovrebbe ritenersi viziato da errore essenziale ai sensi dell'art. 1429, 1° comma, n. 2 c.c. con conseguente invalidità (annullabilità) del contratto⁴²⁴.

All'indirizzo appena esposto si contrappone l'opinione di chi ravvisa invece la natura contrattuale della responsabilità del medico. Secondo questa corrente di pensiero il difetto di informazione rileva sul piano dell'inadempimento di un contratto già perfezionato⁴²⁵.

Viene sostenuta una configurazione unitaria del rapporto tra medico e paziente. La prestazione medica è descritta come prestazione complessa che si articola in due fasi, quella diagnostica e quella terapeutica⁴²⁶.

In particolare, il contratto d'opera professionale si concluderebbe tra il medico e il paziente quando il primo, su richiesta del secondo, accetta di esercitare la propria attività

⁴²⁴ F. G. PIZZETTI, *Chirurgia estetica e responsabilità medica*, in *Giur. it.*, 1998, 10, 1819.

⁴²⁵ Cassazione, 23 maggio 2001, n. 7027, in *Foro it.*, 2001, I, 2504 ss.; Cassazione, 29 marzo 1976, n. 1132, in *Giur. it.*, 1977, I, 2, 1980 ss., la quale aveva escluso la natura precontrattuale della responsabilità derivante dalla mancata informazione sulla scorta del rilievo che la prestazione professionale del chirurgo comporta sempre e necessariamente un'attività preliminare di diagnosi, al fine di stabilire l'opportunità o meno dell'intervento; Nello stesso ordine di idee Cassazione, 26 marzo 1981, n. 1773, in *Giust. civ. mass.*, 1981, fasc. 3; Trib. Venezia 4 ottobre 2004, in *Giur. merito.*, 2005, 5, 1033 ss.

⁴²⁶ Secondo F. ROCCHIO, *Il dovere di informazione del medico tra responsabilità contrattuale e precontrattuale*, in *Giur. merito.*, 2005, 5, 1038 ss., le fasi diagnostica e terapeutica non fanno parte di un unico rapporto giuridico, semplici fasi distinte di una prestazione complessa, bensì danno luogo a veri e propri contratti autonomi (uno di diagnosi e uno di terapia). Ciò in ragione della diversità degli interessi da tutelare nella vicenda che vede coinvolti medico e paziente: in particolare si tratta del diritto a maturare possibilità di guarigione, del diritto all'autodeterminazione decisionale e del diritto alla salute. Si è ritenuto pertanto più coerente ipotizzare due contratti che si succedono con soluzione di continuità fra i quali si colloca il dovere di informazione quale esito naturale del primo e dovere precontrattuale rispetto al secondo. Sulla diversità degli interessi da tutelare l'A. richiama Cassazione 4 marzo 2004, n. 4400, in *Corr. giur.*, 2004, 1022 ss., con nota di M. VITI, *Responsabilità medica: tra perdita di chances di sopravvivenza e nesso di causalità*; in *Riv. It. Medicina Legale* 2004, 789, con nota di G. A. NORELLI, *La "perdita di chance" di guarigione come danno conseguente alla condotta medica omissiva*; in *Giust. civ.*, 2005, 9, I, 2115 ss., con nota di E. GIACOBBE, *Brevi osservazioni sul danno da «nascita indesiderata», ovvero un bambino malformato non ha diritto di nascere*; in *Riv. It. Medicina Leg.*, 2004, 3-4, 803 ss., con nota di A. FIORI, F. CASCINI, F. AUSANIA, *La Cassazione civile accentua le differenze tra responsabilità medica penale e prospetta la risarcibilità autonoma della perdita di chance da colpevole inadempimento professionale*; in *Resp. civ.*, 2004, 3, 204 ss., con nota di R. PARTISANI, *Colpa medica, nesso di causalità e perdita della chance di sopravvivenza o guarigione*; in *Contratti*, 2004, 12, 1096 ss., con nota di P. LISI, *Diagnosi errata e chances perdute*, là dove afferma che "la domanda per perdita di chances è ontologicamente diversa dalla domanda di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato".

professionale in relazione al caso prospettatogli. Ebbene, tale attività si scinde necessariamente in due fasi, una preliminare, volta al rilevamento dei dati sintomatologici (fase diagnostica), l'altra, successiva, denominata fase terapeutica. Il dovere di informazione si collocherebbe in mezzo alle due fasi appena richiamate e, cioè, dopo la fase diagnostica quando è già iniziata l'esecuzione del contratto d'opera professionale⁴²⁷.

Da quanto esposto risulta evidente che la qualificazione della responsabilità in termini contrattuali o aquiliani dipende dal momento in cui si decide di far sorgere il dovere informativo.

Tuttavia, di recente, la Corte di Cassazione ha espressamente affermato che il consenso informato *“ha come presupposto un'attività di corretta informazione, sia nella fase di formazione del consenso, sia nella fase antecedente che in quella di esecuzione del contratto, riconducibile alla clausola generale di buona fede del nostro ordinamento civilistico ex artt. 1175, 1337 e 1375 c.c.”*⁴²⁸

Ha ulteriormente precisato, inoltre, come il principio di buona fede sia fondato, non solo, sulle norme codicistiche ma, altresì, sul dovere di solidarietà avente fondamento costituzionale che impone alle parti il rispetto di canoni comportamentali di collaborazione e di non aggravamento della posizione della controparte.

Pertanto, la violazione di tale obbligo, consistente in un dovere di comportamento, determina, in mancanza di un'esplicita previsione di legge, non un vizio (nullità) del contratto stesso bensì il risarcimento del danno⁴²⁹.

⁴²⁷ In giurisprudenza, per questa posizione, vedi Cass. 23 maggio 2001, n. 7027, cit.; Cass. 8 agosto 1985, n. 4394, in *Foro it.*, 1986, I, 121 ss.; Cass. 26 marzo 1981, n. 1773, in *Foro it. Rep.*, 1981, voce cit., n. 35.

⁴²⁸ Cassazione, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 5, 748 ss.

⁴²⁹ Cassazione, 11 maggio 2009, n. 10741, cit., la quale ha ripreso il principio affermato in materia di intermediazione finanziaria dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione con la sentenza 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Giust. civ. Mass.* 2007, 12. La Corte, infatti, dopo avere affermato che il nostro sistema ordinamentale è fondato su clausole generali, come la buona fede, la solidarietà, la centralità della persona, specifica che il consenso informato *“ha come presupposto una attività di corretta informazione, sia nella fase di formazione del consenso, sia nella fase antecedente che in quella di esecuzione del contratto, riconducibile (come in altri settori) alla clausola generale di buona fede del nostro ordinamento civilistico ex artt. 1175, 1337 e 1375 c.c. La violazione di tale obbligo comporta, consistendo in un dovere di comportamento, non un vizio (nullità) del contratto stesso, in mancanza di una esplicita previsione in tal senso, bensì il risarcimento del danno, come di recente affermato da questa Corte a Sezioni Unite (con la sentenza n. 26724/2007)”*. Sui rapporti tra contratto valido ed efficace e danno non patrimoniale derivante dalla violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede durante le trattative vedi C. SCOGNAMIGLIO *Responsabilità precontrattuale e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 7-8, 1450 ss.

Sul collegamento tra la clausola generale di buona fede e la solidarietà sociale vedi Cass. civ. sez. III, 5 marzo 2009, n. 5348, in *Mass. Giur. it.*, 2009, secondo la quale *“L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale”*; Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2009, 11, 1009 ss., secondo cui *“la clausola generale di correttezza e buona fede costituisce un autonomo potere giuridico espressione del generale dovere di solidarietà sociale e come tale è idonea ad imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire preservando le ragioni dell'altra”*; Cass. civ., Sez. III, 4 maggio, 2009, n. 10182, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 5, 707 ss.; Cass., sez. II, 4 marzo 2003, n. 3185, in *Guida dir.*, 2003, 17, 45 ss., secondo cui *“La buona fede, intesa in senso etico come requisito della condotta, è uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni, oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, che viene violato non solo*

6. L'autonomia del diritto all'autodeterminazione.

Alla crescente importanza assunta nel tempo dal consenso informato, quale strumento di autodeterminazione dell'individuo, ha fatto seguito una cospicua casistica giurisprudenziale nella quale il soggetto danneggiato, nel chiedere il risarcimento del danno subito a seguito del contatto con il sanitario, ha posto a fondamento della sua domanda non tanto la cattiva esecuzione dell'intervento praticato o l'erronea diagnosi, quanto un fatto giuridico diverso e cioè l'espropriazione del diritto a decidere consapevolmente in relazione al proprio corpo.

Il terreno di scontro attiene specificamente al rapporto tra consenso informato, diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione personale. Nella gran parte delle decisioni inerenti alla responsabilità medica gli organi giudicanti hanno dovuto stabilire se il paziente potesse vantare un diritto in sé all'autodeterminazione o se, diversamente, tale diritto dovesse essere inteso come meramente strumentale al diritto alla salute. Al riguardo si registrano orientamenti contrastanti.

Una parte della giurisprudenza ha ritenuto di poter riconoscere la tutela risarcitoria solo nei casi in cui all'omesso consenso si accompagnasse altresì il peggioramento dello stato di salute come conseguenza dell'intervento eseguito.

Tale orientamento non ha inteso disconoscere, con ciò, lo stretto collegamento tra il consenso informato ed il diritto all'autodeterminazione. Sebbene l'inadempimento dell'obbligo di informazione si risolva nella lesione di un interesse costituzionale, di pari rango ma diverso rispetto all'interesse alla salute, la responsabilità del medico non può essere ravvisata nei casi in cui vi sia stata una mera omissione delle informazioni necessarie per la decisione consapevole del paziente.

In tal senso alcune decisioni di merito⁴³⁰ secondo le quali la comprovata violazione dell'obbligo informativo da parte del medico non è sufficiente per accogliere la domanda risarcitoria; in particolare il Tribunale di Roma, con sentenza del 10 maggio 2005, ha sancito che *"alla lesione di un interesse di rango costituzionale, qual è quello all'autodeterminazione, consegue un danno risarcibile soltanto nei casi in cui sia stato leso il bene-salute rispetto al quale l'obbligo di informazione è necessariamente strumentale"*.

nel caso in cui una delle parti abbia agito con il proposito doloso di recare pregiudizio all'altra, ma anche se il comportamento da essa tenuto non sia stato, comunque, improntato alla diligente correttezza e al senso di solidarietà che integrano, appunto, il contenuto della buona fede"; Cass. civ., sez. III, 7 giugno 2006, n. 13345, in *Mass. Giur. It.*, 2006, secondo cui *"La buona fede, pertanto, si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere del "neminem laedere", senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte"*; Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2002, n. 14726, in *Contratti*, 2003, 3, 247 ss.

⁴³⁰ Tribunale di Roma, 10 maggio 2005, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1, 149; Tribunale di Varese, 20 febbraio 2006.

Parte della dottrina, a tal proposito, ha sostenuto che siffatta impostazione non è volta a negare autonomo rilievo al diritto all'autodeterminazione inteso come diritto alla scelta (e quindi anche al rifiuto) del trattamento sanitario, bensì tende ad evidenziare che tale diritto è normalmente rivolto ad ottenere un risultato favorevole per la salute del paziente stesso. Sicché le conseguenze negative per la violazione del diritto all'autodeterminazione possono essere apprezzate prevalentemente, ma non esclusivamente, sotto il profilo del peggioramento della salute⁴³¹.

Accettare questa prima soluzione giurisprudenziale significherebbe negare la possibilità di ottenere il risarcimento del danno sia quando, omessa l'informazione necessaria, non vi sia nesso di causalità fra peggioramento della salute e trattamento terapeutico, sia quando le condizioni psico-fisiche del paziente siano migliorate.

Sulla medesima linea interpretativa sembra collocarsi la sentenza della Corte di Cassazione n. 5444/2006, richiamata espressamente da Cassazione S.U. n. 26972/2008.

In tale sentenza si afferma che *“la responsabilità del sanitario (e di riflesso della struttura per cui egli agisce) per violazione dell’obbligo del consenso informato discende dalla tenuta della condotta omissiva di adempimento dell’obbligo di informazione circa le prevedibili conseguenze del trattamento cui il paziente venga sottoposto e dalla successiva verifica, in conseguenza dell’esecuzione del trattamento stesso, e, quindi, in forza di un nesso di causalità con essa, di un aggravamento delle condizioni di salute del paziente, mentre, ai fini della configurazione di siffatta responsabilità è del tutto indifferente se il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno, svolgendo rilievo la correttezza dell’esecuzione agli effetti della configurazione di una responsabilità sotto un profilo diverso, cioè riconducibile, ancorché nel quadro dell’unitario «rapporto» in forza del quale il trattamento è avvenuto, direttamente alla parte della prestazione del sanitario (e di riflesso della struttura ospedaliera per cui egli agisce) concretatasi nello svolgimento dell’attività di esecuzione del trattamento...”*

È evidente, pertanto, la volontà di attribuire piena autonomia al bene della libertà personale rispetto al bene della salute; tuttavia, anche in questo caso, la concretizzazione di una pretesa risarcitoria sembra essere strettamente legata agli esiti che l'intervento praticato abbia avuto sull'integrità fisica del paziente.

Mentre in precedenza la violazione dell'autodeterminazione personale assumeva rilevanza solamente in presenza di una condotta colposa del medico che avesse cagionato conseguentemente un danno biologico, adesso, invece, si prescinde dalla correttezza o meno del trattamento sanitario, ma si richiede pur sempre, sul piano delle conseguenze derivanti dalla violazione del consenso informato, il peggioramento della salute e dell'integrità fisica.

⁴³¹ G. FACCI, *Violazione del dovere d'informazione da parte del sanitario e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1 ss.

In senso diametralmente opposto si colloca la tesi secondo la quale, anche nel caso in cui il paziente, alla stregua di un giudizio controfattuale, avrebbe rifiutato il trattamento, se avesse potuto scegliere, il risarcimento causato dall'inadeguatezza della diagnosi e delle scelte chirurgiche deve essere limitato al danno biologico e al danno morale, con esclusione del pregiudizio alla libertà di autodeterminazione.

Sulla base di questa impostazione il consenso avrebbe la funzione di trasferire, dal medico al paziente, il rischio connesso all'intervento praticato.

Cosicché nel caso di esito fausto del trattamento nessun tipo di pregiudizio sarebbe riscontrabile nel paziente; viceversa, in caso di esito infausto, tutte le conseguenze negative della prestazione professionale sarebbero poste a carico del sanitario. Pertanto, il danno biologico costituirebbe la voce di danno non patrimoniale idonea a ricomprendere anche il danno da violazione della libertà di autodeterminazione⁴³².

In una prospettiva ancora diversa si pongono quelle decisioni che hanno riconosciuto piena autonomia alla lesione del diritto di libertà e autodeterminazione individuale⁴³³.

La giurisprudenza di merito e legittimità ha sancito che l'obbligo di informazione da parte del medico ha una sua propria autonomia rispetto all'obbligo di eseguire correttamente il trattamento terapeutico, in quanto il primo è volto a soddisfare l'interesse del paziente ad autodeterminarsi (attraverso il consenso informato) ogni qualvolta ciò sia necessario per l'esercizio della sua libertà decisionale, il secondo, invece, mira alla tutela del diritto alla salute attraverso la corretta applicazione delle regole dell'arte medica.

⁴³² In tal senso Trib. Venezia, sez. III, 20 Settembre 2005, in *Il merito* 2006, 1, 25 ss.

⁴³³ Cassazione, 25 novembre 1994, n. 10014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 937 ss. con nota di G. FERRANDO, *Chirurgia estetica, consenso informato del paziente e responsabilità del medico*; in *Foro it.* 1995, 2913 ss., con nota di E. SCODITTI, *Chirurgia estetica e responsabilità contrattuale*; Cass. civ., 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, I, 772 ss., con nota di A. PALMIERI, *Relazione medico-paziente fra consenso «globale» e responsabilità del professionista*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 577 ss., con nota di A. FUSARO, *«Il consenso all'anestesia non si presume»*, in *Giur. it.* 1998, I, 37 ss., con nota di F. CAGGIA, *In tema di responsabilità del medico*; in *Contratti*, 1997, 4, 342 ss., con nota di C. VACCÀ, *La formazione del consenso al trattamento medico*; Tribunale di Milano, 14 maggio 1998, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 1623 ss., con nota di B. MAGLIONA, *Libertà di autodeterminazione e consenso informato all'atto medico: un'importante sentenza del Tribunale di Milano*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 1 ss., con nota di P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso di S. Raffaele)*; Tribunale di Venezia, 4 ottobre 2004, in *Giur. merito*, 2005, 5, 1033 ss.; Trib. Milano, 29 marzo 2005, in *Resp. civ.*, 2005, 664 ss.; Trib. Genova, 10 gennaio 2006, in *Danno e resp.*, 2006, 5, 537 ss., con nota di A. LANOTTE, *L'obbligo d'informazione: adempimento di un dovere burocratico*; Trib. Viterbo, 27 novembre 2006, in *Guida dir.*, 2007, 3, 39 ss. Trib. Milano 4 Marzo 2008, n. 2847, in *Danno e resp.*, 2008, 8-9, 889 ss.; Trib. Arezzo, 16 ottobre 2009, in www.ilrisarcimento.com, secondo il quale "in tema di responsabilità del medico, la violazione del diritto all'informazione e all'espressione di un consenso effettivamente " informato" costituisce un pregiudizio in sé, distinto dall'eventuale lesione del diritto all'integrità psico-fisica e che il risarcimento delle due voci di danno deve seguire percorsi autonomi: il danno alla salute, correlato alla non corretta esecuzione tecnica della prestazione medica, va liquidato secondo il sistema tabellare personalizzato, mentre il danno da lesione del diritto all'autodeterminazione non può che essere liquidato secondo criteri equitativi puri, alla stregua di un danno da perdita di "chances" (nel cui ambito può essere ricondotto, dal momento che, a prescindere da ogni altra possibile conseguenza, al paziente viene sottratta la 'possibilità' di effettuare una scelta riguardante la propria salute)".

È stato sottolineato, in particolare, che il diritto all'autodeterminazione rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e al tempo stesso un mezzo per il perseguimento dei suoi personali interessi. Questo si sostanzia sia nella facoltà di scegliere tra le diverse possibili offerte terapeutiche, sia nel diritto di interrompere il trattamento medico o di rifiutarlo, atteso il principio personalistico che anima la Carta Costituzionale la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e ne sancisce il rispetto in ogni momento della sua vita⁴³⁴.

Ne deriva, allora, la possibilità per il paziente di ottenere il risarcimento del danno anche qualora dalla violazione dell'obbligo informativo non sia derivata la lesione della salute, o addirittura si sia ottenuto un miglioramento delle proprie condizioni psicofisiche.

La diversità fra diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione è stata messa in evidenza sia in dottrina⁴³⁵, sia in giurisprudenza⁴³⁶. In particolare, secondo la Corte di Cassazione, tale diversità sarebbe resa palese dalle considerazioni secondo cui *“pur sussistendo il consenso consapevole ben può configurarsi responsabilità da lesione della salute se la prestazione terapeutica sia inadeguatamente eseguita; e che la lesione del diritto all'autodeterminazione non necessariamente comporta la lesione della salute, come accade quando manchi il consenso ma l'intervento terapeutico addirittura sortisca un esito assolutamente positivo”*⁴³⁷.

Nel primo caso, infatti, il consenso prestato dal paziente è irrilevante poichè la lesione della salute si ricollega causalmente alla condotta colposa del medico nell'esecuzione della prestazione terapeutica, inesattamente adempiuta dopo la diagnosi.

Nel secondo caso, invece, la mancanza di consenso può assumere rilievo a fini risarcitori benché non sussista (o nonostante sussista anche) lesione della salute⁴³⁸. La casistica offre molteplici casi, in ambito sanitario, nei quali sono state configurate conseguenze pregiudizievoli di carattere esistenziale che sono derivate dalla violazione del diritto

⁴³⁴ Cassazione, 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Danno e resp.*, 2010, 7, 686, con nota di R. SIMONE, *Consenso informato e onere della prova*; in *Corr. giur.*, 2010, 9, 1200 ss., con nota di A. DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*; in *Resp. civ. prev.*, 2010, 11 ss., con nota di U. CARNEVALI, *Omessa informazione da parte del medico, danno da trattamento terapeutico e ipotetica scelta del paziente*; A. GORGONI, *Il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione nella responsabilità medica*, in *Personaemercato* 2010, 4, 294 ss.

⁴³⁵ C. CASTRONOVO, *Profili di responsabilità medica*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, 1998, 128 ss.; In senso contrario, M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 330.

⁴³⁶ Vedi a questo proposito, fra le pronunce più recenti, Cassazione, 9 febbraio 2010, n. 2847, cit. e Corte Costituzionale, 23 dicembre 2008, n. 438, cit., ma anche Cassazione, 11 maggio 2009, n. 10741, cit. e Cassazione, 3 settembre 2007, n. 18513, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 9, che ha qualificato come mutamento della causa petendi il porre a fondamento dell'azione di risarcimento danni conseguenti ad intervento chirurgico il difetto di consenso informato, dopo aver fondato tale azione sulla colpa professionale.

⁴³⁷ Cassazione, 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Danno e resp.*, 2010, 7, 686. Vedi inoltre Cass. pen., sez. un., 3 dicembre 2008, n. 2437, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 3, 654 ss.; in *Resp. civ. prev.*, 2009, 5, 1042 (s.m.), con nota di S. TORDINI CAGLI, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico in assenza di consenso*; in *Cass. pen.*, 2009, 5, 1811 ss., con nota di F. VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite*.

⁴³⁸ Cassazione, 30 gennaio 2009, n. 2468, in *Giust. civ.*, 2009, 4-5, 885 ss.

all'autodeterminazione in sé considerato: si pensi al caso di danno patrimoniale e non patrimoniale da omessa diagnosi di feto malformato e di conseguente pregiudizio della possibilità per la madre di determinarsi a ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza⁴³⁹.

Seguendo tale impostazione che vede nettamente distinti diritti così diversi, a titolo meramente esemplificativo, non potrebbe a priori negarsi tutela risarcitoria a chi abbia consapevolmente rifiutato una trasfusione di sangue perché in contrasto con la propria fede religiosa, quand'anche gli si sia salvata la vita praticandogliela, giacché egli potrebbe aver preferito non vivere, piuttosto che vivere nello stato determinatosi⁴⁴⁰.

In questo caso la Corte di Cassazione ha precisato che, per contrastare tale conclusione, non sarebbe congruo richiamarsi al giudizio di prevalenza del bene "vita" o del bene "salute" rispetto ad altri possibili interessi, poiché una valutazione comparativa degli interessi assume rilievo nell'ambito del diritto quando soggetti diversi siano titolari di interessi confliggenti e sia dunque necessario, in funzione del raggiungimento del fine perseguito, stabilire quale debba prevalere e quale invece debba rispettivamente recedere o comunque rimanere privo di tutela⁴⁴¹.

Ne consegue che non sarebbe legittimo voler regolare dall'esterno un "conflitto" fra interessi confliggenti facenti capo al medesimo titolare, in quanto solo a quest'ultimo, se capace, spetta di decidere quale interesse sacrificare e quale tutelare⁴⁴².

E non potrebbe in assoluto escludersi nemmeno la risarcibilità del danno non patrimoniale da acuto o cronico dolore fisico nel caso in cui la scelta del medico di privilegiare la tutela dell'integrità fisica del paziente o della sua stessa vita, ma a prezzo di sofferenze fisiche

⁴³⁹ Si veda a questo proposito la recentissima Cassazione n. 13 del 2010, in *Danno e resp.*, 2010, 4, 404 ss. secondo cui "in questo caso il danno risarcibile non può limitarsi al solo danno alla salute in senso stretto della gestante, ma si estende anche al danno non patrimoniale nella forma del danno esistenziale, dovendo la struttura sanitaria (e i suoi ausiliari) risarcire ogni conseguenza lesiva dell'inadempimento, secondo i criteri generali di cui agli artt. 1223, 1225 e 1227 c.c."; cassazione, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 5, 748 ss.; Trib. Pesaro, 26 maggio 2008, in *Giust. civ.*, 2008, 10, 2273 (s.m.), con nota di D. AMOROSO, *Sulle conseguenze risarcitorie della colposa mancata diagnosi prenatale della malformazione del nascituro*; Trib. Lucca, 19 febbraio 2007, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 12, 2603 (s.m.), con nota di A. MASCIA, *Le mancate informazioni del medico ginecologo e il danno esistenziale da wrongful birth*; Cass. civ. Sez. III, 20 ottobre 2005, n. 20320, in *Danno e resp.*, 2006, 5, 510 ss. nota di S. CACACE; App. Perugia, 28 ottobre 2004, in *Resp. civ.*, 2005, 375 ss. secondo la quale "Nel caso di lesione del diritto all'interruzione volontaria della gravidanza, a causa di omessa diagnosi di malformazione del feto, si verifica un caso tipico di danno esistenziale, inteso come pregiudizio che ostacola lo svolgimento di attività realizzatrici della persona. La nascita indesiderata, infatti, determina una radicale trasformazione delle prospettive di vita dei genitori, i quali si trovano esposti a dover misurare la propria vita quotidiana, con le prevalenti esigenze di un figlio menomato"; App. Perugia, 15 dicembre 2004, in *Corriere del merito* 2005, 634 ss.; Cass. civ. Sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Danno e resp.*, 2005, 4, 380 ss., con commento di M. FEOLA Cass. civ. Sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, in *Danno e resp.*, 2002, 11, 1148 ss.; Cass. civ., 1° dicembre 1998, n. 12195.

⁴⁴⁰ Si pensi al caso dei Testimoni di Geova al quale si sono riferite, con soluzioni sostanzialmente opposte, Cass., 15 settembre 2008, 23676, in *Corr. giur.*, 2008, 12, 1671 ss.; Cassazione, 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Danno e resp.*, 2008, 1, 27 ss.

⁴⁴¹ Cassazione, 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Danno e resp.*, 2010, 7, 686 ss.

⁴⁴² Cassazione, 9 febbraio 2010, n. 2847, cit., 688.

che il paziente avrebbe potuto scegliere di non sopportare, sia stata effettuata senza il suo consenso, da acquisire in esito alla rappresentazione più puntuale possibile del dolore prevedibile.⁴⁴³

Quanto al fatto se la lesione del diritto all'autodeterminazione configuri un danno evento o un danno conseguenza, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, pronunciandosi sul danno non patrimoniale, hanno sancito che all'accertamento della lesione dell'interesse ad autodeterminarsi non consegue *ipso jure* un danno risarcibile. In altre parole, il danno lamentato dal paziente non può considerarsi in re ipsa, ma è sempre necessaria l'allegazione e la prova dell'entità dello stesso⁴⁴⁴. Pertanto, oggetto del risarcimento è il c.d. danno consequenziale, non già l'inadempimento da mancato consenso informato⁴⁴⁵.

Un'altra questione, scrutinata di recente dalla Corte di Cassazione⁴⁴⁶, sorta nell'ambito della giurisprudenza che riconosce l'autonoma risarcibilità del diritto all'autodeterminazione, riguarda il rapporto tra omessa o inesatta informazione e danno alla salute.

Ci si è chiesti se il medico debba rispondere delle conseguenze pregiudizievoli di un intervento chirurgico necessario e correttamente eseguito per il solo fatto di non avere informato il paziente che quelle conseguenze si potevano verificare. O se invece, per ritenere risarcibili quei pregiudizi, sia necessario potersi affermare che, se ne fosse stato informato, il paziente non si sarebbe sottoposto all'intervento.

La questione che si pone, in altri termini, è la seguente: è sufficiente, ai fini del risarcimento del danno alla salute, che siano accertati l'omessa informazione e il pregiudizio biologico, oppure è anche necessario dover accertare che sussista il nesso di causalità tra la mancata acquisizione di consenso consapevole e quel tipo di pregiudizio?

La giurisprudenza di legittimità, infatti in numerose decisioni precedenti⁴⁴⁷, aveva affermato che *"la mancata richiesta del consenso costituisce autonoma fonte di responsabilità qualora dall'intervento scaturiscano effetti lesivi, o addirittura mortali, per il paziente, per cui nessun rilievo può avere il fatto che l'intervento medesimo sia stato eseguito in modo corretto"*⁴⁴⁸. E ciò sull'implicito rilievo che, in difetto di un "consenso informato" del paziente, l'intervento terapeutico costituisce un illecito, sicché il medico risponde delle conseguenze negative che ne siano derivate quand'anche abbia correttamente eseguito quella prestazione.

⁴⁴³ Sul punto cfr. Cassazione, 18 settembre 2008, n. 23846, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 9, 1381 ss.

⁴⁴⁴ Cassazione, 31 maggio 2003, nn. 8827/8828; in *Giur. it.*, 2004, 1129 ss.; Cassazione, 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 11, 1607 ss.

⁴⁴⁵ Cass. n. 14638/2004; si deve comunque riscontrare, anche a seguito delle sezioni unite, che l'orientamento non è pacifico soprattutto all'interno delle aule dei tribunali dove ci si chiede ancora se debba essere risarcito il danno evento o il danno conseguenza.

⁴⁴⁶ Cassazione, 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Danno e resp.*, 2010, 7, 686 ss.

⁴⁴⁷ Cassazione, 26 marzo 1981, n. 1773, in *Giust. civ. mass.*, 1981, 3; Cassazione, 6 ottobre 1997, n. 9705, in *Giust. civ. mass.*, 1997, 1862; Cassazione, 16 marzo 2006, n. 5444, in *Dir. e giust.*, 2006, 15, 23, con nota di A. PULIATTI, *Malati terminali e consenso informato - Il medico non è esonerato dagli obblighi*.

⁴⁴⁸ così Cassazione, 24 settembre 1997, n. 9374, in *Giust. civ. mass.*, 1997, 1762 ss.

Orbene, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 2847/2010, ha chiarito che la sussistenza di nesso eziologico non va indagata solo in relazione al rapporto di consequenzialità tra intervento terapeutico (necessario e correttamente eseguito) e pregiudizio della salute, ma questa deve essere verificata anche in relazione al rapporto tra attività omissiva del medico per non aver informato il paziente ed esecuzione dell'intervento.

Pertanto, in ogni caso concreto in cui si verifichi un danno alla salute in conseguenza di un intervento correttamente eseguito ma in relazione al quale non vi è stata informazione, occorre domandarsi, come in ogni valutazione controfattuale ipotetica, se la condotta omessa avrebbe evitato l'evento ove fosse stata tenuta.

E poiché, infatti, l'intervento chirurgico non sarebbe stato eseguito solo se il paziente lo avesse rifiutato, per ravvisare la sussistenza di nesso causale tra lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente e lesione della salute, deve potersi affermare che il paziente avrebbe rifiutato l'intervento ove fosse stato compiutamente informato, giacché altrimenti la condotta positiva omessa dal medico (informazione, ai fini dell'acquisizione di un consapevole consenso) non avrebbe comunque evitato l'evento (lesione della salute)⁴⁴⁹.

7. La prospettiva contrattuale.

L'attrazione della responsabilità medica nell'ambito contrattuale ha trovato giustificazione in ragione delle regole di favore che ne derivano sotto il profilo risarcitorio. Gli effetti del processo di contrattualizzazione sono stati, infatti, apprezzati sotto il profilo del termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione risarcitoria, dell'onere probatorio (che viene invertito), nonché sul piano del nesso di causalità.

La configurazione in termini contrattuali della relazione tra medico e paziente ha dunque avuto un effetto positivo sul piano della tutela successiva e per equivalente favorendo un ampio risarcimento del danno sia patrimoniale sia non patrimoniale.

Tuttavia la recente dottrina ha cominciato a riflettere sulle nuove funzioni dello strumento contrattuale con particolare riferimento alle problematiche derivanti dalle *interferenze* con la persona, la quale è direttamente coinvolta nell'adempimento della complessa prestazione medica⁴⁵⁰ ed ha cercato di valorizzare la fase formativa e preparatoria del contratto di cura, nella prospettiva di una adeguata ed effettiva tutela per il paziente⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ Cassazione, 9 febbraio 2010, n. 2847, cit., 692; Trib. Bari, sez. II, 18 ottobre 2010, n. 3135, in *Giurisprudenzabarese.it* 2010. Peraltro tali considerazioni sono presenti nella dottrina già da tempo. A questo proposito G. FACCI, *Violazione del dovere d'informazione da parte del sanitario e risarcimento del danno*, cit., 1 ss.

⁴⁵⁰ V. G. RESTA, *Contratto e persona*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, VI, *Interferenze*, 1 ss.; C. PILIA, *La tutela contrattuale della personalità nel trattamento medico*, cit., p. 6 ss.

⁴⁵¹ C. PILIA, *La tutela contrattuale della personalità nel trattamento medico*, in *Resp. civ.*, 2008, 15, il quale mette in evidenza come "Il rispetto del principio personalistico sancito dalla costituzione.... non è soddisfatto dal mero ristoro risarcitorio per l'avvenuta lesione della libertà personale e neppure dai

In attuazione del principio personalistico sancito dalla Carta Costituzionale si propone, dunque, un'alternativa rimediale in grado di tutelare la libertà personale (e quindi anche la salute) del paziente, la quale si sviluppa all'interno del procedimento di formazione del contratto di cura. Proprio la logica procedimentale della formazione del contratto, che viene potenziata e sviluppata rispetto al modello tradizionale descritto dal codice civile, costituirebbe il luogo giuridico nel quale sviluppare una continua dialettica funzionale alla formazione di un valido consenso informato.

L'obiettivo è, quindi, quello di approfondire il regime dell'autonomia privata del rapporto medico-paziente e conseguentemente di configurare uno statuto contrattuale che, conformandosi alla Costituzione nonché alle Carte Internazionali, esalti il meccanismo dialettico costituito dal binomio del consenso informato⁴⁵².

La predisposizione e l'imposizione di meccanismi di tutela preventiva⁴⁵³ costituirebbero strumenti di garanzia per la formazione di un valido consenso consapevolmente prestato dal paziente, definito recentemente dalla Corte costituzionale quale principio fondamentale, sintesi di due diritti, quello alla salute e quello all'autodeterminazione⁴⁵⁴.

tradizionali rimedi contrattuali. L'adeguamento del sistema dell'autonomia privata, infatti, richiede tutele preventive più incisive, che si traducano in specifiche garanzie procedimentali nella formazione della volontà del paziente e, quindi, del contratto per la prestazione delle cure mediche".

⁴⁵² Contro la prospettiva contrattuale G. CALABRESI, *L'approccio contrattuale ed il problema del consenso informato*, in *La Responsabilità medica*, cit., 43 ss., secondo il quale il rapporto tra medico e paziente non può essere contrattuale in quanto vi sarebbe sempre un vizio nel libero consenso. Il consenso informato è un modo di dire, un'espressione impropria. "L'idea di ottenere un'adeguata tutela tramite il contratto è assurda". Sostengono invece che la figura contrattuale in realtà sia frutto di una finzione V. Zambrano, e V. Zeno Zencovich.

⁴⁵³ C. PILIA, *La tutela contrattuale della personalità nel trattamento medico*, cit., 12 e 13, secondo il quale "l'obbligo di informazione, pertanto, integra un essenziale strumento di tutela preventiva della posizione del paziente, nelle vesti di malato e parte contraente".

⁴⁵⁴ Corte Costituzionale 30 luglio 2009, n. 253, in *Foro it.*, 2009, I, 2889 ss.; Corte Cost., 23 dicembre 2008, n. 438 (questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 della legge della Regione Piemonte 6 novembre 2007, n. 21 (Norme in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini ed adolescenti), promossa con ricorso dal Presidente del Consiglio dei ministri in riferimento agli articoli 2, 32 e 117, commi secondo, lettera m), e terzo, della Costituzione, con nota di B. LELLI, *Consenso informato e attitudini garantistiche delle Regioni* (nella Rubrica "Studi e commenti" di Consulta On Line); R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*; C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; D. CEVOLI, *Diritto alla salute e consenso informato. una recente sentenza della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; pur mancando una disciplina generale sul consenso informato la Corte riprendendo anche altre precedenti sentenze descrive la fisionomia del consenso informato: vedi a questo proposito Tribunale di Genova, Sez. II, 10 gennaio 2006 in *Danno resp.*, 2006, 537 con commento di A. LANOTTE, *L'obbligo d'informazione: adempimento di un "dovere burocratico"?*. Si pone in sintonia una sentenza del Tribunale di Viterbo – Sezione civile – 27 novembre 2006 n. 1081, in *Guida dir.*, 20 gennaio 2007, n. 3, 39 con commento di A. MICALI, *Il paziente deve essere consapevole dei rischi dell'intervento chirurgico*. Vedi anche Cassazione Civile, Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748 in *Danno Resp.* 2008, 421 con commento di F. BONACCORSI, *Rifiuto delle cure mediche e incapacità del paziente: la Cassazione e il caso Englaro*; ed ancora Tribunale di Roma, 17 ottobre 2007, in *Dir. pen. proc.* 2008, 59, con commento Di A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*. Questa sentenza di non luogo a procedere qualifica come "adempimento di un dovere" la condotta del medico che rispetti la volontà del paziente di rifiutare le cure, pur andando incontro alla morte. Si vedano anche G. ANZANI, *Consenso ai*

Il contratto, nell'ambito medico, sembra rappresentare, per la sua struttura, lo strumento più idoneo ad offrire una protezione al soggetto più debole del rapporto, in un contesto dove la tutela successiva e risarcitoria si rivela quanto mai inadatta per il diretto coinvolgimento della persona-paziente che viene a costituire il necessario «sostrato» dell'attività del debitore⁴⁵⁵.

Viene così auspicata da più parti una tutela di carattere preventivo ed in “forma specifica” che per un verso realizzi, tramite lo scambio di adeguate informazioni, un rapporto comunicativo analitico e dialogico la cui intensità è direttamente proporzionale al grado di complicazione della relazione nel caso concreto e, per altro verso, favorisca il riequilibrio delle posizioni soggettive asimmetriche dei contraenti che si trovano in una situazione di debolezza⁴⁵⁶.

Funzionale a quest'ultima prospettiva è una logica dinamica dell'elemento consensuale inteso non più come *atto* ma come *processo* che individui nella clausola generale di correttezza e buona fede la regola di governo del processo di formazione del consenso e lo strumento idoneo a misurare i doveri del medico e le pretese del paziente⁴⁵⁷. Il fatto che il consenso costituisca un elemento essenziale del contratto fra medico e paziente non significa, infatti, che esso esaurisca la sua rilevanza al momento dell'accordo; a partire da questo momento il rapporto medico-paziente si snoda in una serie di attività diverse fra loro che presuppongono il rinnovarsi del consenso⁴⁵⁸.

È stato osservato come il contratto, per varie ragioni, è sempre stato legato alla soddisfazione di interessi economici. Ragioni prevalentemente di carattere tecnologico e storico hanno impedito che si sviluppassero riflessioni sulle possibili implicazioni derivanti dall'interazione tra contratto e persona⁴⁵⁹.

trattamenti medici e “scelte di fine vita”, in *Danno resp.*, 2008, 957, e S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.* 2007, 1561 ss.

⁴⁵⁵ L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato»*, cit., 371.

⁴⁵⁶ Secondo G. FERRANDO, *Chirurgia estetica*, cit., 946, l'informazione è condizione dell'autodeterminazione e strumento di riequilibrio di una relazione squilibrata come quella tra medico e paziente, caratterizzata da una condizione di soggezione del paziente che non dispone delle conoscenze necessarie per scegliere fra più opzioni e prendere le opportune decisioni sulla propria esistenza.

⁴⁵⁷ Secondo P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute*, cit., 11 s. “La clausola generale di buona fede nello svolgimento delle trattative, nell'interpretazione, nell'esecuzione del contratto rappresenta un principio di svolgimento del processo di produzione e attuazione della decisione contrattuale che è capacedi indicare una misura di determinazione dei comportamenti richiesti per l'effettività del processo e le condizioni di rispetto della persona e della libertà del decidente come di garanzia per i soggetti che ne accompagnano la decisione”; G. RESTA, *Interferenze*, cit., 1 ss., osserva come le discipline normative che regolano gli atti di disposizione del corpo sono caratterizzate dalla logica della proceduralizzazione. Sul punto vedi anche ROSSI CARLEO, *Brevi considerazioni sulla problematica della forma del consenso negli atti di disposizione del corpo*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di M. Giorgianni*, Esi, 1988, 681 ss., il quale afferma che “l'autodeterminazione viene garantita esclusivamente dal procedimento in cui è inserita”.

⁴⁵⁸ Secondo G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico*, cit., 946, “il consenso non è solo elemento del contratto, ma anche autorizzazione a compiere ciascun atto medico”.

⁴⁵⁹ G. RESTA, *Contratto e persona*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, VI, *Interferenze*, 1 ss. Con riferimento all'inserimento della persona nel circuito del diritto privato patrimoniale, vedi C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 1, 87 ss.

È possibile oggi considerare da un'altra prospettiva la tutela dei diritti della personalità. All'interno della dinamica contrattuale, sotto il profilo esecutivo, e all'interno di quella precontrattuale, sotto il profilo preparatorio, la realizzazione del diritto assoluto è incardinata all'interno di una relazione obbligatoria i cui elementi costitutivi sono dati da due parti determinate (una delle quali abilitata all'esercizio di una determinata professione) e da un oggetto complesso costituito dall'obbligo di curare ed informare correttamente.

Il fattore che ha, e non solo nell'ambito dell'attività medica⁴⁶⁰, indotto a ripensare i tradizionali schemi di conclusione del contratto è costituito dalla asimmetria informativa derivante dalla disparità di conoscenze e poteri delle parti contraenti. Nell'ambito dell'attività medica, poi, la natura dei diritti coinvolti (integrità psico-fisica e libertà personale) e il progresso scientifico hanno reso ancora più pressante l'esigenza di tradurre i principi costituzionali all'interno delle regole codicistiche relative alla formazione del contratto⁴⁶¹.

Si consideri, peraltro, che il meccanismo del consenso informato, la cui denominazione già in sé richiama la necessità che si sviluppi una dialettica tra medico e paziente, e la sua importanza nella fase precedente alla scelta, è sottolineata dalle più importanti carte internazionali. Si pensi alla Convenzione di Oviedo⁴⁶², alla Carta di Nizza, alla Legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, al Codice di deontologia⁴⁶³ nelle quali si presta particolare attenzione alla descrizione delle caratteristiche che deve avere l'informazione e alle sue finalità che si risolvono nel rispetto della dignità della persona.

La tutela della persona nel contratto trova grosse difficoltà nell'incontro fra libertà e vincolatività del contratto, in considerazione del fatto che le norme codicistiche tradizionali sono incentrate sullo scambio neutro di proposta e accettazione fra parti pariordinate il cui accordo è relativo a beni materiali ed è immediatamente e stabilmente vincolante

Parte della dottrina ha così ritenuto di enucleare, anche sulla scorta dei nuovi modelli speciali contrattuali previsti per i consumatori, uno statuto contrattuale in grado di tutelare al meglio il diritto all'autodeterminazione del paziente.

Gli strumenti utilizzati per garantire l'esercizio della libertà personale del paziente consisterebbero, da una parte, nella procedimentalizzazione della fase formativa del

⁴⁶⁰ Si pensi alla disciplina sui consumatori, sui mercati finanziari

⁴⁶¹ Sotto il profilo della responsabilità è stato rilevato che ormai è stata ridisegnata la fattispecie della responsabilità medica secondo l'opzione ermeneutica costituzionale. Manca invece eguale elaborazione sul piano dell'esercizio dell'autonomia privata. In questo senso vedi C. PILIA, *La tutela della personalità*, cit. che sviluppa ampiamente quest'ultimo profilo.

⁴⁶² Conv. Di Oviedo, art. 5: "Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato".

⁴⁶³ Cod. deontol. Odontoiatri: art. 33: "Il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate. Il medico dovrà comunicare con il soggetto tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche".

contratto di cura e, dall'altra, nel differimento del momento perfezionativo del contratto stesso. Si tratterebbe, quindi, di una fattispecie a formazione progressiva.

Ebbene, il modello contrattuale che più si avvicina alla traduzione, in ambito privatistico, dei diritti costituzionali alla salute e alla libertà personale del paziente, sarebbe quello del contratto reale. Il tratto peculiare di tale ricostruzione è, infatti, quello di espandere e potenziare la fase informativa facendo coincidere l'insorgere della vincolatività dell'accordo con l'esecuzione della prestazione⁴⁶⁴.

Lo spostamento in avanti della conclusione del contratto rappresenterebbe, dunque, il modo più efficace di trovare un giusto equilibrio tra la vincolatività contrattuale e l'autodeterminazione individuale.

In questa prospettiva l'informazione diventa un presupposto necessario per la manifestazione di un valido consenso la cui mancata osservanza rileva sia sul piano della responsabilità sia sul piano della validità dell'atto negoziale. Con la conseguenza che il paziente che non abbia potuto concludere consapevolmente il contratto non dovrà corrispondere al medico la prestazione promessa, e, ove l'abbia già eseguita, potrà chiedere la restituzione di quanto prestato.

La considerazione che la tutela della persona in ambito medico si realizzi attraverso un *facere* in ragione della specifica natura dell'attività professionale in questione, costituisce un argomento per sostenere che lo strumento del contratto sia la forma di protezione più idonea per la protezione dei diritti inviolabili del paziente⁴⁶⁵.

L'impostazione contrattualistica potrebbe, infatti, registrare un duplice effetto positivo. Per un verso si ridurrebbero le possibilità di verificazione di danno in capo al paziente: il fatto che la sua decisione debba essere preceduta da una serie di adempimenti informativi determina il rallentamento del processo decisionale e consente una ponderata riflessione su tutte le attività che dovranno essere svolte.

⁴⁶⁴ C. PILIA, *La tutela della personalità*, cit., 6 ss., Il consenso iniziale non è sufficiente a vincolare. Si stabilisce una differenza rispetto al paradigma ordinario negoziale della immediata vincolatività secondo il principio consensualistico.

⁴⁶⁵ C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, 69 ss., il quale, nell'analizzare i due modi di sovrapposizione della responsabilità contrattuale a quella extracontrattuale, esamina il fenomeno della "riqualificazione contrattuale della lesione di diritti assoluti all'interno del rapporto obbligatorio". L'A. sottolinea come una modalità di sovrapposizione dei due tipi di responsabilità ricorra quando l'inadempimento integra anche un fatto illecito: "...C'è però una specie di obbligazioni nella quale la condotta del debitore comporta la violazione di una situazione soggettiva che è rilevante a prescindere dall'esistenza di un rapporto obbligatorio. Questo rende la medesima condotta suscettibile di qualificazione sia dalla prospettiva del rapporto obbligatorio sia da quella della tutela per così dire generale della sfera soggettiva: è in questo caso che si verifica una coincidenza tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana. Il caso tipico è quello in cui la prestazione ha come suo terreno di applicazione la persona o un bene del creditore come accade nelle cure mediche...". A questo proposito vedi anche L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.* 1954, 185 ss. il quale afferma che nelle ipotesi in cui la prestazione abbia come suo terreno di applicazione la persona o un bene del creditore il concorso delle due responsabilità va escluso poiché l'interesse di protezione è completamente assorbito dall'interesse alla prestazione.

Per altro verso, l'imposizione del dovere informativo ha come effetto immediato, nel rapporto tra medico e paziente, l'assunzione da parte di quest'ultimo della responsabilità in ordine ai rischi prevedibili che potrebbero verificarsi nonostante l'operazione sia stata correttamente eseguita. Il meccanismo informativo, infatti, permette al paziente di conoscere ed accettare eventuali complicanze ed effetti negativi del trattamento medico, cosicché nel caso in cui questi si dovessero verificare il paziente tenderà ad attribuire eventuali effetti negativi alla sua consapevole decisione e non a scaricare questi sulla condotta del medico curante⁴⁶⁶.

In questo senso sembra deporre una recente sentenza della Corte di Cassazione secondo la quale l'informazione cui il medico è tenuto in vista della manifestazione del consenso del paziente vale anche, ove il consenso sia prestato, a determinare nel paziente l'accettazione di quel che di non gradito può avvenire, *in una sorta di condivisione della stessa speranza del medico che tutto vada bene*⁴⁶⁷.

Il paziente che sia stato correttamente informato, dunque, accetta preventivamente l'esito sgradevole e, se questo si verifica, avrà una minore propensione ad incolpare il medico. Se tuttavia lo facesse, il medico non sarebbe tenuto a risarcirgli alcun danno sotto l'aspetto del difetto di informazione (salva la sua possibile responsabilità per avere mal diagnosticato o male operato; ma si tratterebbe, in tal caso, di un aspetto del tutto diverso, implicante una "colpa" collegata all'esecuzione della prestazione successiva). Ciò sull'implicito rilievo che, in difetto di "consenso informato" da parte del paziente, l'intervento terapeutico costituisce un illecito, sicché il medico risponde delle conseguenze negative che ne siano derivate quand'anche abbia correttamente eseguito quella prestazione.

Se invece il paziente non sia stato messo nelle condizioni di prendere una decisione consapevole, il sentimento di rivalsa è destinato a realizzarsi, ingenerando manifestazioni di turbamento di intensità ovviamente correlata alla gravità delle conseguenze verificatesi e non prospettate come possibili. Ed è appunto questo il danno non patrimoniale che, nella prevalenza dei casi, costituisce l'effetto del mancato rispetto dell'obbligo di informare il paziente⁴⁶⁸.

La più recente giurisprudenza di legittimità ammette dunque che anche in caso di sola violazione del diritto all'autodeterminazione, pur senza correlativa lesione del diritto

⁴⁶⁶ Cassazione 9 febbraio 2010, n. 2847, cit., 688, "*L'informazione cui il medico è tenuto in vista dell'espressione del consenso del paziente vale anche, ove il consenso sia prestato, a determinare nel paziente l'accettazione di quel che di non gradito può avvenire, in una sorta di condivisione della stessa speranza del medico che tutto vada bene; e che non si verifichi quanto di male potrebbe capitare, perché inevitabile*". Ed ancora "*Il paziente che sia stato messo in questa condizione - la quale integra un momento saliente della necessaria "alleanza terapeutica" col medico - accetta preventivamente l'esito sgradevole e, se questo si verifica, avrà anche una minore propensione ad incolpare il medico*".

⁴⁶⁷ Cassazione, 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Corr. giur.*, 2010, 9, 1203.

⁴⁶⁸ Cassazione, 9 febbraio 2010, n. 2847, cit., 1203.

alla salute ricollegabile a quella violazione per essere stato l'intervento terapeutico necessario e correttamente eseguito, possa sussistere uno *spazio risarcitorio*⁴⁶⁹.

Da una parte, quindi una meditata e ponderata decisione che segua ad una corretta ed esaustiva informazione data al paziente può evitare che si verifichino conseguenze negative attraverso la prospettazione completa del quadro clinico. Dall'altra, l'eventuale danno che dovesse verificarsi, pur in presenza di una condotta sanitaria corretta, non sarebbe risarcibile perchè alla luce di un successivo giudizio controfattuale risulterebbe che la corretta informazione ha garantito un consapevole processo decisionale del paziente e quindi esclude, sul piano delle conseguenze, che pregiudizi diversi da quelli alla salute possano essere imputati al comportamento del medico.

⁴⁶⁹ Cassazione, 9 febbraio 2010, n. 2847, cit., 1203.

CAPITOLO TERZO

RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE E CONTRATTO VALIDO. AMPLIAMENTO DELLE TUTELE RISARCITORIE

Sommario: Premessa. **1.** Violazione della buona fede e invalidità del contratto. **2.** Contratto valido e responsabilità precontrattuale. **2.1.** Le conseguenze risarcitorie della violazione della buona fede. **3** Danni esistenziali e responsabilità precontrattuale.

Premessa.

Nel secondo capitolo si è messa in evidenza l'idoneità della responsabilità precontrattuale a regolare situazioni di accentuato contatto sociale.

La giurisprudenza, nell'ammettere la possibilità di estendere le regole della responsabilità contrattuale anche alle ipotesi in cui non sia ravvisabile un accordo nel senso tradizionale del termine, ha accolto l'idea del rapporto obbligatorio come struttura complessa nella quale, accanto all'obbligazione principale, figurano i c.d. obblighi di protezione non oggetto di contrattazione ma imposti per legge alle parti⁴⁷⁰.

Sono state in tal modo attratte all'interno dell'area contrattuale vicende che sarebbero state ricondotte, altrimenti, nell'alveo della responsabilità aquiliana. Come visto, il primo esempio, in ordine di tempo, è stato quello della responsabilità medica⁴⁷¹, uno degli ultimi ha riguardato, invece, la mediazione tipica⁴⁷². Entrambi i casi hanno posto in primo piano l'obbligo per le parti (medico e mediatore) di comportarsi in buona fede in virtù della clausola generale di correttezza di cui all'art. 1175 c.c. estrinsecantesi, in specie, nell'obbligo di una corretta informazione⁴⁷³.

Il presente capitolo vuole ora sottolineare i profili di quella che è stata definita la nuova stagione della responsabilità precontrattuale sotto il profilo della sua sopravvivenza alla conclusione di un contratto valido ed efficace ma pregiudizievole per una delle parti.

Negli ultimi quarant'anni, con forza sempre crescente, la normativa nazionale e internazionale, la dottrina e la giurisprudenza hanno evidenziato che il valore della persona umana rappresenta il punto di riferimento comune per la costruzione del sistema giuridico, anche civilistico.

⁴⁷⁰ Vedi C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, cit., 1 ss.; su questo tema si vedano inoltre L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, cit., 185 ss., 280 ss. e 366 ss.; e E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 99 ss.

⁴⁷¹ Cassazione, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332 ss.

⁴⁷² Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Red. giust. civ. mass.* 2009, 7-8.

⁴⁷³ Cassazione, 14 luglio, n. 16382, in *Obbl. e contr.* 2010, 11, 755 ss. Sull'estensione della regola della buona fede in senso oggettivo a tutte le fonti delle obbligazioni ex art. 1173 c.c., compreso l'atto giuridico non negoziale, vedi Cassazione, 9 marzo 2005, n. 5140, in *Giust. civ. mass.* 2005, 3.

La necessità di ripensare schemi logici e categorie formali della dogmatica civilistica, che si manifestino incompatibili con il valore persona, ha trovato notevole spinta nell'incremento, all'interno del mercato nazionale ed europeo, di rapporti contrattuali caratterizzati da forti disparità di poteri e conoscenze che hanno fatto nascere la fondamentale esigenza di tutelare il contraente debole.

Il presente studio ha permesso di accertare che nei settori dove le posizioni delle parti sono squilibrate e asimmetriche vi è una crescente sensibilità per i doveri di informazione quale misura di tutela preventiva e specifica.

Nell'ambito del complesso e articolato sistema delle fonti normative è emersa con evidenza l'insufficienza della disciplina generale del contratto e la conseguente necessità di una stretta integrazione di questa con le discipline di settore⁴⁷⁴, in modo da trarne principi e regole in grado di offrire soluzioni adeguate agli interessi coinvolti.

Ciò ha determinato una rimediazione dei profili fondamentali della vicenda contrattuale. Hanno assunto nuova luce non soltanto le tradizionali questioni teoriche e pratiche inerenti al contratto, ma si sono aperte, sotto diversi aspetti ed in più direzioni, nuovi percorsi di indagine.

Tali percorsi hanno riguardato, in particolare, la fase precontrattuale sulla quale incidono la previsione di una serie di informazioni e il necessario rispetto del principio di trasparenza.

Con riferimento al tema delle trattative precontrattuali il nostro ordinamento detta molteplici norme di settore. Si pensi, ad esempio, ai regolamenti emanati in attuazione dei testi unici sulle tradizionali attività finanziarie⁴⁷⁵ che dettano specifiche disposizioni sulla condotta precontrattuale della banca, dell'intermediario finanziario o dell'assicuratore (artt. 27 e ss. Delib. CONSOB 16190/07, c.d. regolamento intermediari; artt. 46 e ss. Reg. ISVAP n. 5/2006).

Pur nella diversità apparente delle formulazioni, entrambi i regolamenti appena ricordati pongono a carico dell'intermediario (finanziario od assicurativo) precisi doveri di:

- trasparenza, intesa quale obbligo di riferire la propria qualità ed i propri legami con l'impresa proponente;

⁴⁷⁴ Vedi il Codice del Consumo o il t.u.f. o, ancora, le Carte internazionali e i codici deontologici in materia medica caratterizzati dall'imposizioni di obblighi informativi nella fase precedente alla conclusione del contratto. In giurisprudenza, con riferimento alla integrazione della disciplina generale vedi Corte d'Appello di Milano 15 aprile 2009 secondo la quale le norme del TUF e dei regolamenti Consob integrano la disciplina codicistica e pongono a carico dell'intermediario un dovere di correttezza e di informazione che non si esaurisce nella fase prodromica alle trattative ma che si estende per l'intera durata del rapporto, al fine di consentire all'investitore l'adozione di decisioni meditate e consapevoli. Sul rapporto fra disciplina generale e di settore G. VETTORI, *Il contratto del terzo millennio*, in *Persona e Mercato* 2010, 3, 216 ss.

⁴⁷⁵ V. anche art. 21 Decreto legislativo, 24 febbraio 1998, n. 58. Il settore dell'intermediazione finanziaria è stato interessato da recenti importanti sentenze di legittimità (Cass. civ., S.U., 26724-26725/2007) che hanno offerto "un ripensamento decisivo sul rapporto fra regole di responsabilità e regole di validità e sull'obbligo di buona fede nella fase precontrattuale".

- correttezza, intesa quale obbligo di attivarsi per salvaguardare gli interessi del consumatore (c.d. know your customer rule);
- adeguatezza, intesa quale obbligo di fornire o proporre prodotti o servizi effettivamente utili per il consumatore (c.d. suitability rule);
- informazione, intesa quale obbligo di illustrare in modo chiaro e comprensibile contenuto ed effetti del contratto.

Il dovere di “parlar chiaro”, imposto dai testi unici in materia assicurativa e finanziaria, è stato esteso dalla giurisprudenza anche ad ambiti negoziali diversi e, segnatamente, ai rapporti tra consumatori e liberi professionisti.

In un primo tempo, come visto nel precedente capitolo, l’obbligo di fornire un’informazione chiara, esaustiva, completa e comprensibile sulla natura, sui rischi e sulle possibilità di successo dell’intervento venne imposto nel settore della responsabilità medica⁴⁷⁶.

Il settore medico, tuttavia, è solo uno degli ambiti in cui è stata avvertita la necessità di prevedere dei meccanismi informativi di natura preparatoria a tutela della parte debole⁴⁷⁷.

Ed infatti il principio del “consenso informato” è stato applicato anche alla responsabilità del notaio, tra i cui obblighi è stato ritenuto fondamentale quello di informare il cliente di qualsiasi circostanza possa essere rilevante per l’utilità e la validità dell’atto⁴⁷⁸

Quindi è stata la volta della responsabilità dell’avvocato, a carico del quale è stato ritenuto sussistere un analogo dovere di informare correttamente e tempestivamente il cliente delle caratteristiche del giudizio e delle scelte che è necessario compiere a pena di decadenza affinché possa regolare la propria condotta conformemente agli interessi sostanziali coinvolti nel processo⁴⁷⁹.

La responsabilità precontrattuale rappresenta un fenomeno strettamente connesso con la tematica della conclusione del contratto che trova il proprio referente normativo nell’art. 1337 c.c. ai sensi del quale “*le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*”.

⁴⁷⁶ Cass. 25.11.1994 n. 10014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 937 ss.; Cass. 15.1.1997 n. 364, in *Foro it.*, 1997, I, 772 ss.; Cass. 28.11.2007 n. 24742, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 11; Cass. 26.9.2006 n. 20832, in *Giust. civ. mass.* 2006, 10.

⁴⁷⁷ L’analisi condotta in tema di responsabilità medica ha fatto emergere tratti di affinità anche con la disciplina consumeristica che costituisce un chiaro esempio di compenetrazione tra disciplina generale e speciale. A questo proposito recentemente la Corte di Cassazione (Cass., (ord.) n. 8093/2009, in *Rass. dir. farmaceutico* 2009, 5, 1053) ha avanzato l’ipotesi di una sua possibile influenza sul diritto sanitario offrendo spunti di riflessione in ordine alle possibili relazioni tra le due branche di diritto speciale. A questo proposito si vedano i commenti di A. M. BENEDETTI - F. BARTOLINI, *Utente vs Servizio Sanitario: il “no” della Cassazione al foro del consumatore*, in *Danno e resp.*, 2010, 1, 62 ss.; F. LUCCHESI, *Foro del consumatore: riconosciuta l’applicazione anche al c.d. contratto di spedalità*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 5, 397 ss. (nota a Trib. Napoli 6 dicembre 2007); C. MIRIELLO, *Questioni attuali in punto di responsabilità medico-sanitaria (parte prima)*, in *Resp. civ.*, 2010, 7, 531 ss.

⁴⁷⁸ Cass., sez. III, 06-04-2001, n. 5158, in *Giust. civ. mass.*, 2001, 736; Cass. 28.11.2007 n. 24733, in *Vita not.*, 2008, 1, 356 ss.

⁴⁷⁹ Cass., sez. II, 19-11-2004, n. 21894, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 1 ss.

Tale disposizione individua al suo interno una norma di condotta che si riferisce alla buona fede intesa in senso oggettivo quale criterio di valutazione del comportamento del soggetto sopra il quale grava il detto dovere.

Uno fra i molteplici problemi che si pongono in tema di responsabilità precontrattuale concerne la individuazione dei comportamenti che i soggetti sono tenuti ad osservare in ossequio al precetto che caratterizza l'art. 1337 c.c.

Se da un lato, infatti, se ne vuole circoscrivere la portata alle fattispecie contrarie a buona fede e correttezza che siano espressamente previste dalla legge, dall'altro lato, si propende per l'estensione della clausola generale di cui all'art. 1337 a qualsiasi condotta scorretta tenuta nella fase antecedente alla conclusione del contratto. È proprio quest'ultima tendenza a prevalere anche nella recente giurisprudenza dove si supera l'idea che circoscriveva gli obblighi precontrattuali a quelli, tradizionali, di non recedere dalle trattative senza giusta causa e di comunicazione delle cause di invalidità del contratto.

Con riguardo ai doveri di informazione, si è detto, *il vero nodo da sciogliere è dato dalla sovrapposizione tra le norme della responsabilità e quelle che regolano i vizi del consenso*⁴⁸⁰.

Si tratta di stabilire se questi due tipi di regole siano reciprocamente autonome oppure se possano tra loro interferire.

Tradizionalmente, in ossequio al principio di non interferenza, esse sono state collocate su piani distinti, in ragione della diversa funzione e del diverso statuto normativo. Ed infatti, le regole di validità, attenendo alla fattispecie del contratto e alla sua struttura, stabiliscono le condizioni in presenza delle quali l'atto è vincolante per le parti. Le regole di comportamento mirano, invece, ad assicurare la correttezza e la moralità delle contrattazioni attraverso la prescrizione di una condotta ispirata a buona fede.

Questa diversità si riflette anche sul piano dello scopo. Mentre infatti le prime sono concepite per garantire la certezza dei traffici giuridici, le seconde, invece, mirano a perseguire scopi di giustizia sostanziale.

Orbene, a questo punto due sono le questioni che si pongono. Da un primo punto di vista si tratta di appurare se la violazione delle regole di buona fede possa incidere sulla validità del contratto; da altro punto di vista occorre, invece, stabilire se l'accertamento della conformità in concreto del contratto alle regole di validità tolga ogni spazio ad un eventuale giudizio di responsabilità precontrattuale.

1. Violazione della buona fede e invalidità del contratto.

Per quanto concerne il primo problema, l'accoglimento del tradizionale principio di non interferenza porta a negare che la violazione della buona fede possa determinare l'invalidità del negozio, salvo che sia la stessa legge a prevedere questo tipo di sanzione.

⁴⁸⁰ A. MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, in *Dig. disc. Priv. Sez. civ.* XVII, 405.

Tuttavia, di recente, sia in dottrina che in giurisprudenza si sono registrate posizioni contrastanti.

Per quanto riguarda la dottrina, alcuni Autori, rimasti fedeli alla tradizione, contrapponendo il piano dell'atto a quello del comportamento, hanno rilevato che il principio di separazione fra regole di validità e di condotta (buona fede) costituisce il riflesso del rapporto intercorrente tra la sfera riservata al legislatore e quella riservata al giudice⁴⁸¹.

Altri, invece, hanno proposto di rimeditare il c.d. principio di non interferenza sostenendo che, in seguito all'equiparazione da parte della Cassazione tra dolo omissivo e dolo commissivo⁴⁸², non può più scandalizzare l'idea che alla violazione della regola di buona fede precontrattuale possa conseguire, in base all'art. 1418 c.c., comma 1° , la nullità o l'inefficacia del contratto o, ai sensi dell'art. 1419 c.c., di singole sue clausole⁴⁸³.

Vi è stato, inoltre, chi, superando la distinzione fra regole di validità e di comportamento, ha considerato direttamente inefficace il contratto derivante da un comportamento scorretto tenuto in sede di formazione, ponendosi in tal modo in sintonia con le recenti tendenze evolutive che recepiscono i dettami del diritto comunitario e che assegnano alla responsabilità precontrattuale un ruolo centrale nel diritto dei contratti⁴⁸⁴.

Sul versante giurisprudenziale la Suprema Corte di Cassazione, con sentenza del 29 settembre 2005, n. 19024 ha confermato il tradizionale principio di non interferenza affermando che *“I comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e s'intende, allora, che la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto... a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore”*⁴⁸⁵. Mentre dunque i doveri di comportamento attengono alla vicenda del

⁴⁸¹ G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1003-1004.

⁴⁸² Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. com.*, 1996, 329 ss.

⁴⁸³ F. GALGANO, *Squilibrio precontrattuale malafede del contraente*, in *Contr. impr.*, 1997, 3, 417 ss. L'A. sostiene che l'equiparazione, operata dalla Corte di Cassazione, fra dolo omissivo e commissivo, permette di affermare che la buona fede precontrattuale possa avere un effetto invalidante del contratto.

⁴⁸⁴ Vedi R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, 672 ss.; G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, 83 ss.

⁴⁸⁵ Cassazione, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, 1105 ss. con nota di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, I, 1108 ss.; e in *Corr. giur.*, 2006, 5, 669 nota di G. GENOVESI, *Limiti alla “nullità virtuale” e contratti su strumenti finanziari*. Nello stesso senso Cass., 18 ottobre 1980, n. 5610, in *Giust. civ. mass.*, 1980, fasc. 10, secondo la quale disposizione dell'art. 1337 c.c. è una norma meramente precettiva dettata a tutela ed a limitazione degli interessi privatistici nella formazione ed esecuzione dei contratti, e non può, perciò, essere inclusa tra le "norme imperative" di cui all'art. 1418 c.c. aventi invece contenuto proibitivo e la cui violazione determina la nullità del contratto anche quando tale sanzione non sia espressamente comminata.

Il principio è stato enunciato anche da cassazione, 30 dicembre 1997, n. 13131, in *Giur. it.*, 1998, 1644 ss., secondo cui *“Quanto agli artt. 1175 e 1375 cit., il ricorrente sembra sostenere l'applicabilità dei principi di correttezza e buona fede non solo nel momento delle trattative precontrattuali o dell'interpretazione ed esecuzione del contratto, ma anche nel momento della formazione della volontà negoziale (conclusione del contratto) e con riferimento al contenuto del negozio medesimo. Dalla normativa sul punto, ed in*

rapporto obbligatorio tra le parti, le regole di validità, invece, ineriscono ai requisiti di struttura della fattispecie negoziale e alla disciplina dell'atto e dei suoi effetti⁴⁸⁶.

Un diverso orientamento è stato espresso dalla Suprema Corte con ordinanza 16 febbraio 2007, n. 3683, secondo la quale la mancanza di un'esplicita previsione legislativa sarebbe irrilevante ogni qualvolta un negozio giuridico fosse in contrasto con norme imperative. Il primo comma dell'art. 1418 c.c., infatti, rappresenterebbe un principio generale rivolto a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non si accompagna una previsione di nullità⁴⁸⁷.

particolare dagli artt. 1337 (concernente una responsabilità extracontrattuale: v. fra le altre Cass. 9157-95), 1366 e 1375 C.C. si evince invece che i doveri di correttezza e buona fede sono stati affermati come principi di carattere generale dal legislatore con riferimento ai rapporti precontrattuali, ed all'interpretazione ed esecuzione del contratto, ma non con riferimento al contenuto del medesimo, nel senso che (eccezion fatta per l'eventualità che la violazione di detti doveri si trovi ad integrare anche una delle specifiche ipotesi previste dalla normativa in tema di nullità o annullabilità) i contraenti possono comporre i loro contrapposti interessi come meglio credono concordando liberamente detto contenuto contrattuale; e proprio in ragione di tale libertà non possono poi (dopo la stipulazione) far valere l'asserita contrarietà di una o più clausole ai doveri in questione (salvo che nei casi estranei alla fattispecie - specificamente stabiliti dal legislatore). In altri termini non esiste certamente un principio generale di applicabilità dei principi di correttezza e buona fede anche nel momento genetico del negozio e con riferimento al suo contenuto. Né tantomeno esiste un principio generale secondo il quale la violazione di tali principi produce di per sé nullità od annullabilità”.

Per la giurisprudenza di merito si veda Trib. Bari, 4 dicembre 2006, in *giurisprudenzabarese.it* 2006, secondo cui “Costituisce principio generalmente condiviso quello di non interferenza delle regole di comportamento con le regole di validità. Le regole di validità, in quanto disciplina dell'atto, prevedono oneri dal cui mancato assolvimento deriva solo l'improduttività di effetti giuridici. La violazione dei doveri di comportamento ha invece conseguenze esclusivamente sul piano risarcitorio, e non può determinare l'invalidità dell'atto. Mancando la compenetrazione "ex lege" di regola di validità e regola di comportamento, all'inottemperanza ai doveri comportamentali, e segnatamente agli obblighi informativi cui è tenuta la Banca che agisce quale intermediario finanziario, non può essere ricondotta la sanzione della nullità del contratto, o della singola operazione di acquisto. Il rimedio è quello che l'ordinamento normalmente prevede per la violazione di doveri di comportamento, e dunque innanzitutto il rimedio risarcitorio, per responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337, con riferimento al comportamento tenuto in sede di stipulazione del contratto quadro ...”

⁴⁸⁶ Concordano con la soluzione della Corte di Cassazione V. ROPPO - G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari ai contratti in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, 1, 31, alla quale riconoscono una funzione pedagogica. La riaffermazione del principio di non interferenza sottende il messaggio educativo, rivolto ai giudici di merito, che per addivenire ad una soluzione corretta e giusta bisogna seguire la strada tecnicamente più corretta e non quella più facile. Secondo gli autori “La pronuncia di nullità è via corta e facile, soprattutto grazie all'automatismo del meccanismo restitutorio: per il giudice è più comodo disporre che il risparmiatore recuperi esattamente la somma investita presso l'intermediario (oltre interessi), piuttosto che onerarsi di difficili calcoli sul quantum di danni e relativi risarcimenti. Farsi carico di accertare la portata di scorrettezze precontrattuali o di inadempimenti contrattuali, e liquidare i danni corrispondenti, è più faticoso: ma più appropriato alla fattispecie”. Già precedentemente alla pubblicazione di Cass. 19024/2005, V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*, in *Danno e resp.*, 2005, 6, 628 ss., nel commentare alcune decisioni di merito che si occupavano del famoso caso della compravendita delle obbligazioni Cirio e che avevano adottato i rimedi della nullità dei contratti di investimento ha ritenuto la soluzione della responsabilità precontrattuale la più coerente con la specifica natura e funzione delle norme violate. L'A. considera, a questo proposito, gli obblighi informativi della banca, *contrattuali* dal punto di vista della loro fonte in quanto derivavano dal contratto-quadro intercorrente tra banca e cliente, ma *precontrattuali* sul piano della funzione in quanto strumentali alla conclusione del diverso contratto di acquisto di strumenti finanziari ordinati dal cliente.

⁴⁸⁷ Su questo specifico aspetto già Cass. 7 marzo 2001, n. 3272, in *Giust. civ. mass.*, 2001, 420 ss.

In particolare si è sostenuto che la nullità del contratto può derivare anche dalla violazione di norme imperative che non attengano ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale relativi alla struttura ed al contenuto del contratto, ma che pongano limiti all'autonomia delle parti sotto il profilo delle qualità soggettive di determinati contraenti e dell'esistenza di specifici presupposti⁴⁸⁸. Sono stati richiamati, a questo proposito, molteplici indici normativi in grado di dimostrare un tendenziale inserimento del comportamento contrattuale delle parti tra i requisiti di validità del contratto⁴⁸⁹.

Il contrasto fra gli opposti orientamenti è stato composto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con le sentenze del 19 dicembre 2007, nn. 26724/26725, che hanno riaffermato la netta distinzione fra regole di comportamento e validità⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ La Suprema Corte, con ordinanza del 16 febbraio 2007, n. 3683 in *Foro it.*, 2007, I, 2093 ss. ha contestato quanto affermato dalla sentenza del 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, 1, 27 ss., la quale esclude che la violazione dei doveri di comportamento possa incidere sulla validità del contratto. Su questo punto l'ordinanza esprime un esplicito dissenso facendo leva su una serie di indici di diritto positivo che attesterebbero una tendenza normativa volta a far rientrare il comportamento contrattuale delle parti nel novero dei requisiti di validità del contratto.

⁴⁸⁹ Ordinanza del 16 febbraio 2007, n. 3683, in *Foro it.* 2007, 7-8, 2093 ss.: “Tuttavia una pluralità di indici pone in evidenza un tendenziale inserimento, in sede normativa, del comportamento contrattuale delle parti tra i requisiti di validità del contratto:

a) In particolare, la L. 18 giugno 1998, n. 192, art. 9, nel disciplinare la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica, stabilisce la nullità del patto attraverso il quale detto abuso si realizza, qualora ricorra il duplice presupposto delle condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie e della loro imposizione da parte di un'(impresa) contraente nei confronti di un'altra che versi in uno stato di dipendenza economica.

b) In materia di contratti a distanza, con particolare riguardo al caso di comunicazioni telefoniche l'art. 53, comma 3, del codice del consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206) stabilisce, a pena di nullità del contratto, che l'identità del fornitore e lo scopo commerciale della telefonata devono essere dichiarati in modo inequivocabile all'inizio della telefonata.

c) Con riferimento ai contratti dei consumatori, la vessatorietà e la conseguente nullità della clausola restano escluse in caso di trattativa specifica sulla stessa e quindi in presenza di uno specifico dato comportamentale (art. 34 del codice del consumo, cit.).

d) Il D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, art. 7, nello stabilire la nullità dell'accordo sulla data del pagamento che risulti gravemente iniquo in danno del creditore, considera gravemente iniquo, tra l'altro, l'accordo con il quale l'appaltatore imponga al proprio fornitore termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto ai termini ad esso concessi, così attribuendo rilevanza ai fini dell'invalidità del negozio ad un comportamento (l'imposizione di una clausola)

rilevante in sede di formazione dell'accordo. e) Anche nella fattispecie relativa all'abuso di posizione dominante previsto dalla normativa antitrust di cui alla L. 10 ottobre 1990, n. 287, art. 3, si configura il concorso di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose e della condotta impositiva di una clausola”.

Critici verso l'impostazione dell'ordinanza e quindi scettici sulla crisi del principio di separazione tra regole di validità e comportamento G. D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1004-1005, secondo il quale il principio potrebbe dirsi superato solo qualora l'invalidità del contratto dipendesse esclusivamente dalla valutazione ex fide bona del comportamento direttamente operata dal giudice; e E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità nei contratti su strumenti finanziari: la questione alle sezioni unite*, in *Foro it.*, I, 2093 ss., secondo il quale “l'argomento del superamento del principio in alcune fattispecie di nullità testuali..., è tautologico, in quanto prova... che è il legislatore che incorpora nella regola di validità la regola di comportamento”.

⁴⁹⁰ Cassazione, sezioni unite, 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Obbl. e contr.*, 2008, 2, 104 ss., con nota di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*; in *Giur. it.*, 2008, 2, 347 ss. (nota di COTTINO); in *Corr. giur.*, 2008, 1 107 ss., con nota di A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità, nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*; in *Contratti*, 2008, 4, 393 ss., con nota di A. GENTILI, *Disinformazione e*

Si è ribadito che la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto (ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente) senza però incidere sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità⁴⁹¹.

La Suprema Corte ha affermato, inoltre, che la clausola generale di buona fede di cui agli artt. 1337 e 1375 c.c. è espressione, oltre che di un dovere di comportamento, di un principio immanente dell'intero sistema giuridico che trova il proprio fondamento nel dovere di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost. Ricorda, inoltre, che la violazione della norma può riflettersi, in casi specifici, sugli effetti dell'atto, determinando così annullabilità per dolo, rescissione o risoluzione, ma non può mai produrre nullità radicale⁴⁹² e ciò, nonostante il suo carattere imperativo.

I doveri di condotta, infatti, essendo strettamente legati alle circostanze del caso concreto, non possono assurgere a requisiti di validità i quali esigono di essere verificati secondo regole predefinite al fine di garantire la certezza dei rapporti giuridici.

Tali considerazioni non perdono la loro forza nemmeno a fronte di una tendenza evolutiva, presente in diversi settori della legislazione speciale come quelli dell'intermedia, che ingloba nelle regole di validità la violazione della buona fede e dei doveri di comportamento e che sembrerebbe dare luogo ad un fenomeno di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto⁴⁹³.

Il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione dovrebbe infatti suggerire, secondo i giudici, molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi di carattere generale applicabili anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni⁴⁹⁴.

invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite; in Corr. giur., 2008, 2, 230 ss., con nota di V. MARICONDA, *L'insegnamento delle sezioni unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità; in Contratti*, 2008, 3, 231 ss., con nota di V. SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità; in Foro it.*, 2008, I, 784 s., con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le Sezioni Unite; in Contratto e impr.*, 2008, 1 ss., con nota di F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle sezioni unite della Corte di Cassazione; in Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 207 ss., con nota di M. CONFORTI, *Responsabilità precontrattuale e dovere di informazione*.

⁴⁹¹ Cassazione, sezioni unite, 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Corr. giur.*, 2008, 2, 227.

⁴⁹² Vedi G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità*, cit., 105; N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattati*, a cura di P. Cendon, Milano, 2008, 328.

⁴⁹³ Cassazione, sezioni unite, 19 dicembre 2007, n. 26724, cit., 227.

⁴⁹⁴ Cassazione, sezioni unite, 19 dicembre 2007, n. 26724, cit., 227.

Autorevole dottrina⁴⁹⁵, nel commentare le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ha sottolineato che le sentenze, pur riaffermando la distinzione fra regole di comportamento e regole di validità, al contempo, però, apportano un correttivo importante. La Corte è consapevole che *“l’area delle norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto in conformità al disposto dell’art. 1418 c.c., comma 1, è in effetti più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto”*, essendo ricomprese anche *“le norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto”*

Pertanto, là dove il legislatore vieti un determinato risultato negoziale attraverso la rilevanza di alcune circostanze soggettive od oggettive, occorre distinguere: da una parte, la clausola che contrasta con il divieto può essere dichiarata nulla ai sensi del primo comma dell’art. 1418 c.c. in base ad un raffronto fra la ratio della norma e il risultato programmato dalle parti; dall’altra, il comportamento formativo ed esecutivo dell’assetto di interessi espresso dalla clausola può dare luogo a responsabilità ai sensi degli artt. 1337 e 1375 c.c.⁴⁹⁶

Per questa dottrina, quindi, *“ogni assetto di interessi privato va esaminato come atto, in base ad una valutazione strutturale di validità, e come insieme dei contegni formativi ed esecutivi in base ad una valutazione dinamica che può condurre ad una pronuncia di responsabilità”*. Ne deriverebbe una possibile cumulabilità dei giudizi di responsabilità e validità stante la diversità e l’autonomia delle discipline dell’atto e dei contegni⁴⁹⁷.

2. Contratto valido e responsabilità precontrattuale.

Il secondo aspetto concernente il rapporto tra regole di validità e regola di comportamento porta a chiedersi se la conformità del contratto concretamente stipulato alle regole di validità escluda di per sé la configurabilità della responsabilità precontrattuale. Si è posto dunque il problema di capire se la stipulazione di un contratto valido ed efficace assorba la scorrettezza perpetrata nella fase precontrattuale.

Dottrina e giurisprudenza si esprimono, sul punto, in modo non unanime.

Parte della dottrina limita la responsabilità precontrattuale all’ipotesi della mancata conclusione del contratto dovuta al comportamento scorretto di una delle parti e all’ipotesi in cui venga concluso un contratto invalido. Tale posizione, maggioritaria in passato, si basa sull’assunto che le norme di validità assorbono ogni altro giudizio inerente a ciò che si è verificato nella fase precontrattuale⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, cit., 105.

⁴⁹⁶ G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, Milano 1983, 46-56.

⁴⁹⁷ G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, cit., 46.

⁴⁹⁸ Per questa posizione vedi F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1983, 171; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1961, 28; P.

Il primo argomento a supporto di tale posizione si fonda sul dato letterale: l'art. 1337 c.c. sembra dettato per i casi di mancata conclusione del contratto così come l'art. 1338 c.c. sembra occuparsi delle ipotesi in cui sia stato stipulato un contratto invalido⁴⁹⁹.

Il secondo argomento è invece basato sull'assunto che ipotizzare un giudizio di responsabilità precontrattuale anche in presenza di un contratto valido significherebbe condizionare la decisione sulla sorte dei contratti tra i privati alla discrezionale attività interpretativa dei giudici anziché alle precise indicazioni del legislatore⁵⁰⁰.

Tale tesi è supportata dalla considerazione secondo cui le regole sui vizi del consenso, che tutelano la formazione di una corretta volontà contrattuale, sanzionano, in presenza di determinati presupposti, specifiche ipotesi di scorrettezze precontrattuali. Di conseguenza, i comportamenti scorretti tenuti prima della conclusione del contratto, e non rientranti nelle previsioni di legge, dovrebbero considerarsi giuridicamente irrilevanti⁵⁰¹.

Peraltro ammettere la compatibilità fra responsabilità precontrattuale e contratto validamente concluso consentirebbe di aggirare il rigoroso meccanismo delle invalidità e di attribuire alla buona fede "un ruolo di integrazione delle pretese lacune del sistema delle invalidità e di garanzia o equità del contratto"⁵⁰².

Un altro Autore ha messo in evidenza la contraddizione logica che si verificherebbe nell'ordinamento se si riconoscesse, per un verso, validità ed efficacia al regolamento negoziale e, per altro verso, si ponesse a carico di una delle parti l'obbligo di risarcire il danno derivante dall'esecuzione del contratto stesso⁵⁰³.

La dottrina prevalente accoglie invece la tesi della coesistenza delle due regole, di validità e di comportamento, ritenendo legittimo azionare il rimedio risarcitorio anche in presenza di un contratto validamente concluso⁵⁰⁴.

BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano 1962, 209 ss.; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, 104 ss.

⁴⁹⁹ D. PALMIERI, *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Milano, 1999, 2-4.

⁵⁰⁰ G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 37 ss. Vedi anche G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 245 ss.; e ID., *Buona fede in contraendo*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 351 ss. secondo il quale la responsabilità per scorrettezze prenegoziali in presenza di un contratto valido avrebbe eroso la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici, spostando il controllo della libertà contrattuale dalle fattispecie di validità al dovere di buona fede di incerta individuazione.

⁵⁰¹ G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1008 s..

⁵⁰² G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento*, cit., 37.

⁵⁰³ L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in Bessone M. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, XIII, 2, Torino, 2000, 423.

⁵⁰⁴ V. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano 1963; G. PATTI E S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1993; A. DE MAURO-F. FORTINGUERRA, *La responsabilità precontrattuale*, Padova, 2002; C. MIRIELLO, *La responsabilità precontrattuale in ipotesi di contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole*, in *Resp. civ.*, 2006, 648 ss.; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 133 ss.; G. PANZA, *Autonomia contrattuale ed iniziativa economica*, in *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, a cura di N. Lipari, 1974 Roma-Bari; V. ROPPO - G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari ai contratti in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, cit., 29 ss.; E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, I, 1108 ss.; M. MANTOVANI, "Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995.

L'argomento principale sul quale si fa leva è rinvenibile nell'ampiezza della formula contenuta nell'art. 1337 c.c. alla quale già da tempo un autorevole studioso aveva fatto riferimento⁵⁰⁵. La norma che dispone l'inosservanza delle regole di correttezza nella fase delle trattative e nella formazione del contratto, infatti, consentirebbe di sanzionare ogni comportamento scorretto precontrattuale, non potendosi rinvenire elementi che consentano di distinguere, al fine della sua applicazione, soluzioni differenti a seconda dell'esito delle trattative o del fatto che sia stato concluso un contratto valido o invalido⁵⁰⁶.

Secondo questa dottrina la tesi dell'assorbimento della responsabilità precontrattuale per effetto della conclusione di un contratto valido sarebbe inadeguata alle moderne esigenze di garantire il rispetto delle regole sostanziali di comportamento⁵⁰⁷.

Tali conclusioni sono ancora più vere in un contesto, come quello attuale, dove la buona fede si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà - sancito, tra l'altro, dall'art. 2 Cost. - tale da imporre a ciascuna parte comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte. Per questo, legittimare una lettura restrittiva dell'art. 1337 c.c. significherebbe svilire la *ratio* della norma e limitare la sua funzione di clausola generale⁵⁰⁸.

Sono state espone dalla dottrina altre ragioni, oltre a quella testuale, in favore della compatibilità tra responsabilità precontrattuale e contratto valido.

Anzitutto, degna di particolare nota è l'opinione di chi, tempo addietro, ha attribuito all'art. 1337 c.c. il valore di norma di chiusura rispetto al sistema delle invalidità negoziali al fine di attribuire rilevanza giuridica a quelle scorrettezze che, sfuggendo alle maglie delle regole di validità, adempiono una funzione correttiva dell'equilibrio economico risultante dal contratto valido ma sconveniente⁵⁰⁹.

Vi è stato, inoltre, chi ha sottolineato la piena autonomia, per contenuto e finalità, fra rapporto prenegoziale e contratto in via di formazione, di talché la conclusione di un contratto valido e l'operatività dei rapporti da esso derivanti sarebbero compatibili con la

⁵⁰⁵ F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano 1963, 13, secondo il quale la formula dell'art. 1337 permette di "non limitare il concetto di responsabilità precontrattuale alle sole ipotesi in cui sia stato stipulato un contratto invalido, ma di allargarlo fino a comprendere i casi in cui sia stato concluso un negozio valido oppure non si sia giunti ad alcun accordo per essere state interrotte le trattative".

⁵⁰⁶ G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1993, 99. Fa leva sul dato testuale anche A. DE MAURO- F. FORTINGUERRA, *La responsabilità precontrattuale*, Padova, 2002, 75 secondo il quale sarebbe contraddittorio sostenere che i contraenti nel corso delle trattative devono tenere un comportamento corretto e limitare poi la rilevanza giuridica della condotta sleale e disonesta alla sola ipotesi di contratto nullo o annullabile.

⁵⁰⁷ C. MIRIELLO, *La responsabilità precontrattuale in ipotesi di contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole*, in *Resp. civ.*, 2006, 650, secondo il quale "una volta stabilito che le parti in trattativa devono comportarsi secondo buona fede, diviene di difficile sostenibilità la tesi secondo cui il comportamento scorretto consisterebbe nell'ingiustificato recesso o nella formazione di un negozio nullo o annullabile".

⁵⁰⁸ N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 343.

⁵⁰⁹ F. BENATTI, *Culpa in contraendo*, in *Contr. impr.*, 1987, 1, 298 ss.; in tal senso anche M. MANTOVANI, "Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995.

rilevanza giuridica di comportamenti contrari a buona fede tenuti nella fase prenegoziale⁵¹⁰.

In terzo luogo si è cercato di valorizzare la portata sistematica di alcuni articoli del codice civile che prevedono la responsabilità precontrattuale pure in presenza di un contratto valido. Si tratta dell'art. 1812 c.c. "*Danni al comodatario per vizi della cosa*" e dell'art. 1821 c.c. "*Danni al mutuatario per vizi delle cose*"⁵¹¹.

Ancora, e da altro punto di vista, si è evidenziata la differente funzione assolta dalle regole di validità rispetto alle norme sulla correttezza. Le prime "*stabiliscono i requisiti strutturali dell'atto senza imporre obblighi reciproci*", mentre la buona fede "*regola le modalità di esercizio dei poteri di libertà ed autonomia che precedono l'atto e pongono pertanto obblighi reciproci estranei alla struttura contrattuale*"⁵¹².

La sopravvivenza della responsabilità precontrattuale alla conclusione di un contratto valido ha trovato giustificazione, in una ulteriore prospettiva, nella concezione della buona fede come "*strumento di razionalizzazione complessiva delle operazioni contrattuali e quindi come strumento di controllo della ragionevolezza degli atti di autonomia privata*"⁵¹³. Sulla base di questa premessa il giudice avrebbe sempre la possibilità di non lasciare impunita la slealtà del comportamento di uno dei contraenti e di realizzare quindi quel valore di solidarietà sociale (art. 2 Cost.) di cui la clausola generale di buona fede costituisce una concretizzazione in materia contrattuale e precontrattuale. Sicché secondo questa tesi, ogni volta che si configuri un'ingiustizia contrattuale intesa come violazione della buona fede sarebbe altresì configurabile un'obbligazione risarcitoria⁵¹⁴.

Secondo altri Autori, la soluzione della reciproca compatibilità dovrebbe essere certamente accolta poiché, ragionando diversamente, "*la condotta illecita o sleale di controparte rimarrebbe priva di sanzione, a meno di non voler ammettere che essa giustifichi sempre l'invalidità del contratto, anche quando di scarsissima gravità*"⁵¹⁵.

⁵¹⁰ P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.* XXIX, Milano, 1979, 198 ss.

⁵¹¹ C. MIRIELLO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 650, secondo cui, con riferimento particolare alla seconda norma, "*l'obbligo di comunicazione imposta al mutuante si configura come obbligo precontrattuale, specificazione della clausola generale della buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto, di cui all'art. 1337 c.c.*"

⁵¹² G. PANZA, *Autonomia contrattuale ed iniziativa economica*, in *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, a cura di N. Lipari, Roma-Bari, 1974, 377.

⁵¹³ N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 346.

⁵¹⁴ A. RICCIO, "*Culpa in contrahendo e pactum de tractando: rimedio risarcitorio contro l'ingiustizia contrattuale*", in *Contr. impr.*, 2006, 1477-1478.

⁵¹⁵ V. ROPPO - G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari ai contratti in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, 1, 33 ss.

Ha avuto grande rilievo, infine, la teoria dei vizi incompleti⁵¹⁶. È stata utilizzata tale espressione per indicare fattispecie particolari caratterizzate per un verso, dalla mancata integrazione delle ipotesi tipiche di vizio e, per altro verso, dalla condotta scorretta e sleale tenuta da una delle parti durante la fase della conclusione del contratto che provoca la deformazione della decisione dell'altra parte⁵¹⁷. Se è vero che le scorrettezze perpetrate nella fase precontrattuale non producono un effetto invalidante, potrebbero tuttavia comportare effetti diversi di carattere risarcitorio, purché il pregiudizio non sia “*irrisorio o comunque di esigua entità in rapporto al valore economico complessivo dello scambio*”⁵¹⁸. Si è distinto, pertanto, tra la “resistenza” del regolamento contrattuale e “*la correzione di un risultato economico pregiudizievole della relazione (pre)contrattuale nel suo insieme*”⁵¹⁹.

Tale posizione è stata però criticata sull'assunto che il criterio dell'entità del pregiudizio è utile per la quantificazione del danno subito dalla vittima del comportamento sleale, tuttavia non riesce a indicare le condizioni in presenza delle quali l'alterazione della libertà negoziale configuri un vizio incompleto⁵²⁰.

Anche sul versante giurisprudenziale si registra una divisione.

Parte della giurisprudenza, infatti, sostiene la tesi della incompatibilità fra contratto valido e responsabilità precontrattuale sull'assunto che la stipulazione di un contratto valido integrerebbe un impedimento di carattere concettuale alla ammissibilità della stessa responsabilità precontrattuale⁵²¹. L'obbligo di comportarsi secondo buona fede durante le trattative e nella formazione del contratto di cui all'art. 1337 c.c. sarebbe limitato alla fase precontrattuale ed incentrata sul fatto obiettivo che il contratto non è stato concluso o lo è

⁵¹⁶ M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995. Vedi Trib. Firenze, 18 ottobre 2005, in *Giur. merito*, 2007, 1, 49 ss. che sembra avere accolto la proposta di Mantovani quando afferma che “*la tesi per cui il comportamento contrario a buona fede possa fondare una pretesa risarcitoria anche in caso di validità ed efficacia del contratto (come nel caso dei vizi incompleti del negozio che, pur nella validità ed efficacia del medesimo, generano una responsabilità per danni: tipico esempio è appunto il dolo incidente) sia di per sé divisibile*”.

⁵¹⁷ M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., 187.

⁵¹⁸ M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., 197.

⁵¹⁹ M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., 161.

⁵²⁰ G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1015.

⁵²¹ In tal senso cassazione, 5 febbraio 2007, n. 2479, in *JD*, 2007, 3, secondo cui “*il fatto che l'accordo si sia formato a condizioni diverse da quelle che si sarebbero avute se la venditrice avesse tenuto nei confronti dell'acquirente un comportamento contrario a buona fede, non rileva come ipotesi di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c., perché la configurazione di tale ipotesi è preclusa dall'intervenuta conclusione del contratto*”. Vedi anche cassazione, 25 luglio 2006, n. 16937, in *Giust. civ.*, 2006, 12, 2717 ss., secondo cui “*le trattative possono generare responsabilità precontrattuale ove non sfocino nell'alveo di una successiva convenzione negoziale, alla cui stipula, per converso, consegue che per ciò solo esse perdono ogni autonomia e ogni giuridica rilevanza, e sotto il profilo risarcitorio convergono, perdendo ogni autonomia, in quella struttura contrattuale che essa sì, essa sola, potrà costituire (in ipotesi) fonte di responsabilità risarcitoria*”.

stato in modo invalido⁵²². Perciò, ai fini della responsabilità per danni, avrebbe rilevanza solamente l'inadempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto⁵²³.

Tale conclusione è sorretta dalla convinzione che le regole di validità e di comportamento siano fra di loro alternative. La Corte di Cassazione, infatti, con sentenza del 30 dicembre 1997, n. 13131⁵²⁴, ha sostenuto che *“non esiste certamente un principio generale di applicabilità dei principi di correttezza e buona fede anche nel momento genetico del negozio e con riferimento al suo contenuto. Né tantomeno esiste un principio generale secondo il quale la violazione di tali principi produce di per sé nullità o annullabilità”*⁵²⁵.

La soluzione riportata, se per un verso soddisfa ineludibili esigenze di certezza, per altro verso, invece, sacrifica quelle di giustizia, lasciando scoperta una vasta area nella quale non vi sarebbe spazio per la tutela verso comportamenti scorretti diversi da quelli tipicamente indicati dal legislatore.

Ecco perché la recente giurisprudenza, oramai prevalente, si colloca sul versante favorevole alla coesistenza fra regole di validità e comportamento e contrario al principio dell'alternatività⁵²⁶.

Particolarmente importante è la pronuncia della Corte di Cassazione n. 19024 del 29 settembre 2005 che, attribuendo all'art. 1337 c.c. il valore di clausola generale, ha accolto le istanze della dottrina più avveduta⁵²⁷.

⁵²² Appello Firenze, 17 settembre 1986, in *Arch. civ.*, 1987, 286 ss.; vedi anche Trib. Pescara, 4 marzo 1978, in *Riv. dir. commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1983, II, 233 ss.

⁵²³ Cassazione, 16 aprile 1994, n. 3621, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 880 ss.

⁵²⁴ Cassazione 30 dicembre 1997, n. 13131, in *Giur. it.*, 1998, 1644 ss.

⁵²⁵ Vedi anche cassazione, 18 ottobre 1980, n. 5610, in *Arch. civ.*, 1981, 133 ss., secondo la quale *“fuori dell'ipotesi di responsabilità precontrattuale...la violazione dell'obbligo generico di buona fede non implica né responsabilità civile né invalidità del contratto, ove il comportamento deprecato non integri una determinata ipotesi legale cui sia connessa quella specifica sanzione civilistica, come confermato anche dalla disciplina dettata, in tema di dolo, dagli artt. 1439 e 1440 c.c.”*.

⁵²⁶ Fra le sentenze meno recenti vedi cassazione, 10 luglio 1984, n. 4029, in *Giust. civ. mass.*, 1984, 7; fra le più recenti Cassazione 16 ottobre 1998, n. 10249, in *Giust. civ.*, 1999, I, 89 ss.; in *Contratti*, 1999, 329 ss., con nota di C. MUCIO, *Ritardo nella conclusione e responsabilità precontrattuale*; in *Danno e resp.*, 1999, 419 ss., con nota di L. LAMBO, *Obbligo legale di contrarre: default e responsabilità (precontrattuale?)*, secondo cui *“Il comportamento scorretto di una parte, che abbia determinato un sensibile ritardo nella conclusione del contratto, la quale sarebbe avvenuta in epoca precedente qualora la parte stessa si fosse comportata in buona fede, è fonte di responsabilità precontrattuale, ai sensi dell'art. 1337 c.c., senza che rilevi in senso contrario l'avvenuto perfezionamento del contratto (il quale è causa d'insussistenza della responsabilità precontrattuale solo nell'ipotesi di responsabilità per recesso dalle trattative)”*; Cassazione 12 aprile 2001, n. 5468, in *Giur. it.*, 2002, 111 ss., secondo cui *“L'intervenuta ratifica da parte dello pseudo - rappresentato non esclude la risarcibilità del danno che sia eventualmente già verificato in conseguenza del mero ritardo nel perfezionamento del contratto concluso con il "falsus procurator". Quest'ultima massima senz'altro è molto vicina all'opinione di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2000, 116, secondo il quale *“La ratifica fa venir meno il danno derivante dalla inefficacia definitiva del contratto concluso dal falso rappresentante ma non esclude il danno derivante dall'inefficacia temporanea (ritardo nell'esecuzione del contratto, spese per l'interpellazione del rappresentato, ecc.)”*.*

⁵²⁷ G. VETTORI, *Anomalie e tutela nei rapporti di distribuzione fra imprese*, cit., 83; ID., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite*, cit., 106; F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit., 298; M. MANTOVANI, *“Vizi incompleti” del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995. In giurisprudenza vedi App. Napoli, sez. III, 1 settembre 2009.

La clausola generale implica il dovere di trattare in modo leale. Il comportamento scorretto contrario a tale dovere assume giuridica rilevanza non solo quando il contratto sia invalido o originariamente inefficace (artt. 1338, 1398 c.c.), ma anche quando il contratto sia valido ma pregiudizievole per il contraente vittima dell'altrui condotta scorretta⁵²⁸.

La Suprema Corte ha assegnato dunque alla responsabilità precontrattuale un ruolo innovativo ed ha affermato, sulla base della premessa del principio di separazione (o non interferenza), la regola del cumulo fra regole di validità e di condotta introducendo in tal modo un *“nuovo ed efficiente rimedio contro la slealtà, l'abuso, la malafede nella fase precedente la stipulazione del contratto”*⁵²⁹.

È stata così accolta la tesi dominante in dottrina secondo la quale sarebbe lo stesso principio di non interferenza a rendere ammissibile una tutela risarcitoria per la violazione delle regole di comportamento di cui all'art. 1337 c.c. In altri termini è stato affermato che il *“risarcimento del danno da scorrettezza prenegoziale in presenza di un contratto valido”* è compatibile con il principio di certezza e stabilità dei fatti giuridici⁵³⁰ in quanto validità e responsabilità *“operano su piani diversi senza entrare in contraddizione”*⁵³¹.

Le regole di validità infatti ineriscono alla struttura e quindi agli effetti dell'atto che è rilevante per l'ordinamento e per i terzi⁵³¹; al contrario le regole di condotta rilevano sul

⁵²⁸ Cassazione, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, 1105 ss., con nota di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*; in *Resp. civ.*, 2006, 295 ss., con nota di M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*; in *Danno e resp.*, 2006, 1, 25 ss., con nota di V. ROPPO - G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, 1, 33 ss., secondo la quale *“Si è però ormai chiarito che l'ambito di rilevanza della regola posta dall'art. 1337 c.c. va ben oltre l'ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative e assume il valore di una clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa, ma certamente implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto. L'esame delle norme positivamente dettate dal legislatore pone in evidenza che la violazione di tale regola di comportamento assume rilievo non solo nel caso di rottura ingiustificata delle trattative (e, quindi, di mancata conclusione del contratto) o di conclusione di un contratto invalido o comunque inefficace (artt. 1338, 1398 c.c.), ma anche quando il contratto posto in essere sia valido, e tuttavia pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto (1440 c.c.)”*. In senso conforme, Appello Milano, 19 dicembre 2006, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 7-8, 1673 ss., con nota di E. LUCCHINI GUASTALLA, *Obblighi informativi dell'intermediario finanziario e responsabilità nei confronti dell'investitore*; Trib. Milano, 25 luglio 2005, in *Corr. merito*, 2005, 1047, con nota di U. RUSSO, *Le norme contenute nel t.u.f. non sono imperative*; Trib. Monza, 27 luglio 2004, in *Giur. merito*, 2004, 2189 ss. in senso contrario Trib. Venezia, 11 luglio 2005, in *Danno e resp.*, 2005, 1231 ss., con nota di M. DELLACASA, *Collocamento di prodotti finanziari e regole di informazione: la scelta del rimedio applicabile*; Trib. Monza, 27 gennaio 2005, n. 218, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 134 ss.; Trib. Venezia, 22 novembre 2004, in. 2654, in *Danno e resp.*, 2005, 618 ss., con nota di V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di cirio bond e tango bond)*; Trib. Mantova, 12 novembre 2004, in *Contratti*, 2005, 585 ss., con nota di M. M. GAETA, *Responsabilità oggettiva degli intermediari e validità dei contratti di investimento*; Trib. Firenze, 30 maggio 2004, in. *Giur. it.*, 2005, 754 ss. (nota FIORIO); Trib. Mantova, 18 marzo 2004, in *Giur. merito* 2004, 1676 ss.

⁵²⁹ G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 2, 106-107.

⁵³⁰ E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità*, cit., 1108.

⁵³¹ E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità*, cit., 1108 ; G. VETTORI, *Anomalie e tutele*, cit., 98.

piano della valutazione del comportamento scorretto di una parte nei confronti dell'altra senza però incidere sul controllo strutturale dell'atto di autonomia privata⁵³².

La Corte di Cassazione, con la pronuncia n. 19024/2005, dunque, ha esteso l'ambito di applicazione del risarcimento del danno configurando la buona fede come uno strumento di tutela operante a prescindere dalla invalidità del contratto ed avente una funzione di riequilibrio in grado di scongiurare la dannosità del contratto concluso⁵³³.

Le conclusioni sopra riportate sono state consolidate di recente dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con le sentenze nn. 26724/26725 del 19 dicembre 2007 emessa in tema di doveri di informazione da parte dell'intermediario finanziario la quale, dopo avere confermato il principio di non interferenza, ha affermato che la violazione degli obblighi informativi nel contratto di intermediazione finanziaria, anche laddove non produca invalidità, è destinata a produrre invece responsabilità precontrattuale⁵³⁴.

La questione tuttavia non può dirsi risolta. Anche dopo l'intervento delle Sezioni Unite, infatti, sono state emesse pronunce discordanti che hanno preferito continuare a sostenere la tesi del non cumulo tra responsabilità contrattuale e precontrattuale⁵³⁵.

Le elaborazioni dottrinali e i recenti approdi giurisprudenziali portano dunque ad una diversa lettura dell'art. 1337 c.c. la cui portata precettiva non si limita alla prescrizione

⁵³² E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità*, cit., 1109, secondo il quale alla luce di questa considerazione i valori di coerenza e razionalità dell'ordinamento non sono minati dalla responsabilità precontrattuale coesistente con il contratto valido.

⁵³³ M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 297.

⁵³⁴ Cassazione, sezioni unite, 19 dicembre 2007, n. 26725 in *Riv. dir. comm.*, 2008, 1-2-3, 17 ss. secondo cui *"Richiamando la distinzione già prima tracciata tra gli obblighi che precedono ed accompagnano la stipulazione del contratto d'intermediazione e quelli che si riferiscono alla successiva fase esecutiva, può subito rilevarsi come la violazione dei primi (ove non si traduca addirittura in situazioni tali da determinare l'annullabilità - mai comunque la nullità - del contratto per vizi del consenso) è naturalmente destinata a produrre una responsabilità di tipo precontrattuale, da cui ovviamente discende l'obbligo per l'intermediario di risarcire gli eventuali danni. Non osta a ciò l'avvenuta stipulazione del contratto. Infatti, per le ragioni già da tempo poste in luce dalla migliore dottrina e puntualmente riprese dalla citata sentenza di questa corte n. 19024 del 2005 - alla quale si intende su questo punto dare continuità - la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto"*. Nello stesso senso Cass. civ. Sez. III Sent., 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 2009, 2, 1, 440 nota di SCODITTI; App. Napoli, sez. III, 1 settembre 2009, *Massima redazionale*, 2009, secondo cui la regola posta dall'art. 1337 c.c., riconducibile al principio generale di buona fede, ha valore di clausola generale il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattare in modo leale.

⁵³⁵ Vedi in tal senso Cassazione, 25 luglio 2006, n.16937, in *Contratti*, 2007, 550 ss. secondo la quale *"Il principio della cumulabilità, nel nostro ordinamento, dei due tipi di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale) da illecito civile è legittimamente invocabile quando uno stesso fatto autonomamente generatore di danno integri gli estremi tanto dell'inadempimento contrattuale, quanto del torto aquiliano (come nel caso, ad esempio, delle lesioni subite dal lavoratore per inosservanza di norme anti infortunistiche), ma non anche nell'ipotesi in cui un'attività prenegoziale astrattamente generatrice di danno (sostanziantesi nelle cosiddette "trattative") confluisca fisiologicamente nel negozio cui essa risultava funzionalmente e teleologicamente collegata, risultando, in tal caso, soltanto il negozio stesso l'eventuale fonte di responsabilità (contrattuale)"*.; Cassazione, 5 febbraio 2007, n. 2479, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Contratto in genere*, 1740, n. 396.

di un comportamento corretto e leale ma si allarga alla comunicazione fra le parti di informazioni che possono essere utili all'altro contraente, tenuto conto delle circostanze del contratto e della qualità dei contraenti⁵³⁶. In particolare la buona fede, intesa in senso oggettivo, nelle trattative e nella formazione del contratto, esprimerebbe il principio di solidarietà contrattuale imponendo alle parti un comportamento improntato alla lealtà e teso a salvaguardare l'utilità dell'altra parte nei limiti di un apprezzabile sacrificio⁵³⁷.

Tali considerazioni trovano conferma nelle affermazioni di una recente sentenza della Corte di Cassazione, che pronunciandosi su un caso di responsabilità medica, ha affermato come la Costituzione, che oggi rappresenta all'interno dell'ordinamento giuridico la fonte di riferimento più importante per l'interprete, ha determinato il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale, caratterizzato, dal punto di vista giuridico, dalla centralità della persona⁵³⁸.

Si è precisato in dottrina che alla norma dovrebbe essere attribuito un senso ampio il cui significato arrivi a coincidere con un generale obbligo di informazione e quindi a superare la restrittiva formulazione dell'art. 1338 c.c. che, invece, prescrive la sola comunicazione delle cause di invalidità. Con la puntualizzazione che il comportamento di buona fede, in linea con il valore della solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., non deve tanto garantire la congruità dello scambio quanto assicurare la correttezza delle trattative e della formazione del contratto⁵³⁹. Non è mancato chi abbia temperato la forza solidaristica della buona fede chiarendo come non debba confondersi il profilo cooperativo, tipico della buona fede, con la prospettiva di puro altruismo⁵⁴⁰.

⁵³⁶ M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *Resp. civ.*, 2006, 296.

⁵³⁷ C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 162.

⁵³⁸ In tal senso Cassazione, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 5, 748 ss.; secondo cui "E' indubbio che il vigente codice civile, contrariamente alle sue origini stanche sulla scia delle codificazioni europee ottocentesche che videro nel code napoleon la più evidente manifestazione, non rappresenta oggi più l'unica fonte di riferimento per l'interprete in un ordinamento caratterizzato da più fonti, tra cui una posizione preminente spetta alla Costituzione repubblicana del 1948 (che ha determinato il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale, caratterizzato da un punto di vista giuridico dalla cd. centralità della persona), oltre alla legislazione ordinaria (finalizzata anche all'adeguamento del testo codicistico ai principi costituzionali), alla normativa comunitaria, ed alla stessa giurisprudenza normativa; tale pluralità di fonti (civilistiche) ha determinato i due suddetti fenomeni, tra loro connessi, della decodificazione e della depatrimonializzazione, intendendosi la prima come il venir meno della tradizionale previsione di disciplina di tutti gli interessi ritenuti meritevoli di tutela in un unico testo normativo, a seguito del subentrare di altre fonti, e la seconda nell'attribuzione alla persona (in una prospettiva non individuale ma nell'ambito delle formazioni sociali in cui estrinseca la propria identità e l'insieme dei valori di cui è espressione) una posizione di centralità, quale portatrice di interessi non solo patrimoniali ma anche personali (per quanto esplicitamente previsto, tra l'altro, nello stesso testo costituzionale, con particolare riferimento agli artt. 2 e 32)".

⁵³⁹ M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *Resp. civ.*, 2006, 297. In tal senso anche A. DE MAURO - F. FORTINGUERRA, *La responsabilità precontrattuale*, Padova, 2002, 96 e 101, secondo il quale la buona fede, con riferimento all'art. 1337 interpretato in senso costituzionalmente orientato, è una specificazione del principio di solidarietà interpersonale. Di conseguenza ci sarà responsabilità precontrattuale ogni volta che siano violati in maniera obiettiva i doveri di solidarietà.

⁵⁴⁰ G. FOTI, *Regole giuridiche e mercati concorrenziali del consumo. Sguardi civilistici su una relazione controversa*, in *Autonomia privata e contratto tra persona e mercato* 2007, 33 ss.

2.1 Le conseguenze risarcitorie della violazione della buona fede.

Si afferma generalmente che il risarcimento del danno, in caso di responsabilità precontrattuale, è limitato al c.d. "interesse negativo"⁵⁴¹ e deve, pertanto, essere commisurato alle spese sostenute per le trattative rivelatesi poi inutili e alle perdite subite per non aver usufruito di occasioni di affari alternative non coltivate per l'affidamento nella positiva conclusione del contratto per il quale le trattative erano state avviate⁵⁴².

Questa impostazione è peraltro coerente con l'affermazione che si ha responsabilità precontrattuale solo quando o non sia stato concluso il contratto oppure questo sia invalido.

Tuttavia il codice civile prevede all'art. 1440 c.c. un'ipotesi in cui il danno deriva da un contratto valido ed efficace ma "sconveniente" per la controparte. In questo caso il risarcimento, pur non potendo essere commisurato al pregiudizio derivante dalla mancata esecuzione del contratto posto in essere (c.d. interesse positivo), non può neppure essere determinato avendo riguardo all'interesse della parte vittima del comportamento doloso (o, comunque, non conforme a buona fede) a non essere coinvolta nelle trattative, per la ragione che, in questo caso, il contratto è stato validamente concluso, sia pure a condizioni diverse da quelle alle quali esso sarebbe stato stipulato senza l'interferenza del comportamento scorretto⁵⁴³.

Il quantum risarcitorio, pertanto, dovrà essere ragguagliato al "*minor vantaggio o al maggiore aggravio economico*"⁵⁴⁴ determinato dal contegno sleale di una delle parti⁵⁴⁵

⁵⁴¹ Contra A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 1988, 3, 792 s., il quale sostiene che la lesione tipica dell'illecito precontrattuale possa colpire, a seconda dei casi, sia l'interesse negativo che quello positivo della vittima. L'A. afferma che la culpa in contrahendo non identifichi una *forma di responsabilità concettualmente unitaria e funzionalmente omogenea*, bensì faccia riferimento ad una serie aperta di illeciti che trovano la caratteristica comune nella modalità cronologica della condotta lesiva.

⁵⁴² In tal senso, tra le altre: Cass. 30 luglio 2004, n. 14539, in *Giust. civ.*, 2005, 1, I, 117 ss., secondo cui "In tema di responsabilità precontrattuale ex art. 1338 c.c., tendenzialmente è dovuto l'integrale risarcimento del danno sofferto dal contraente ignaro, che può venire in rilievo sia sotto il profilo del danno emergente (consistente nelle spese sopportate nel corso delle trattative), sia sotto il profilo del lucro cessante (perdite sofferte dal contraente per la mancata conclusione di altre trattative dalle quali è stato distolto); ma non è consentito, per la natura dell'illecito e per la fase contrattuale in cui si colloca, il risarcimento del pregiudizio del cosiddetto interesse positivo all'adempimento del contratto e alla disponibilità dell'oggetto di esso, che si sarebbe avuta se il contratto fosse stato validamente concluso ed eseguito"; cassazione, 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Danno e resp.*, 2000, 982 ss., con nota di: P. MANINETTI, *Responsabilità precontrattuale e risarcimento dei danni: verso una concezione sempre più estensiva*; Cassazione, 30 agosto 1995, n. 9157, in *Giust. civ. mass.*, 1995, 1568 ss.; cassazione, 26 ottobre 1994, n. 8778, in *Giust. civ. mass.*, 1994, 1283 ss.; Cassazione, 12 marzo 1993, n. 2973, in *Giust. civ. mass.*, 1993, 483 ss. In dottrina, sul problema del quantum nella responsabilità precontrattuale si veda P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 487 ss.

⁵⁴³ Cassazione, 29 settembre 2005, n. 19024, cit., 1113 s.

⁵⁴⁴ Criterio indicato da C. M. Bianca, *Il contratto*, cit., 667.

⁵⁴⁵ Cassazione, 29 settembre 2005, n. 19024, cit., 1114; Cassazione, 16 agosto 1990, n. 8318, in *Giust. civ. mass.*, 1990, 8; vedi anche C. TURCO, *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 194 ss.

salvo la prova di ulteriori danni che risultino collegati a tale comportamento "da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto"⁵⁴⁶.

Il punto che più interessa sul piano della compatibilità fra contratto valido e responsabilità precontrattuale, riguarda la questione se il dolo incidente di cui all'art. 1440 c.c. costituisca una figura eccezionale oppure un paradigma della coesistenza delle regole di validità e responsabilità.⁵⁴⁷

Secondo la maggioranza degli interpreti la norma costituirebbe un'eccezione come tale insuscettibile di applicazione analogica ex art. 14 Preleggi.

Tuttavia non si tratta di opinione unanime. Alcuni Autori, infatti, hanno posto l'accento sulla necessità di coordinare l'art. 1440 con la regola generale racchiusa nell'art. 1337 c.c.⁵⁴⁸

Quest'ultima posizione ha trovato peraltro riscontro nella recente giurisprudenza. La Corte di Cassazione, infatti, con sentenza n. 19024 del 29 settembre 2005, ha accolto questa seconda ipotesi. Non vi sarebbe motivo, secondo i giudici, di ritenere che la conclusione di un contratto valido ed efficace possa essere di ostacolo alla proposizione di un'azione risarcitoria fondata sulla violazione della regola posta dall'art. 1337 c.c. o di obblighi più specifici riconducibili a detta disposizione, a patto che il danno trovi il suo fondamento nella violazione di obblighi relativi alla condotta delle parti nel corso delle trattative e prima della conclusione del contratto⁵⁴⁹.

La ragione giustificativa di tale scelta è rinvenibile nella volontà di offrire una tutela aggiuntiva per tutti i casi in cui, a fronte di un contratto valido, sia necessario correggere situazioni lesive che rendono l'assetto contrattuale squilibrato. L'estensione del rimedio risarcitorio alle ipotesi di contratto valido e la sua commisurazione all'interesse a non essere coinvolti nelle trattative di un contratto valido ma "sconveniente" hanno un effetto immediato sull'operazione economica contrattuale che, se da un lato viene salvata e conservata sul piano della validità dell'accordo dall'altro, viene riequilibrata sul piano della condotta tenuta in malafede da una delle parti⁵⁵⁰.

⁵⁴⁶ Cassazione, 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giust. civ.*, 2000, I, 3303 ss.

⁵⁴⁷ In tal senso Cassazione, 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giust. civ.*, 2000, I, 3303 ss., secondo cui "La norma dell'art. 1440 c.c. costituisce applicazione del principio generale di buona fede contenuto nell'art. 1337 c.c. (responsabilità precontrattuale), che impone alla parte un dovere di correttezza nel corso della formazione del contratto".

⁵⁴⁸ M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, 131, il quale ravvisa nell'art. 1440 c.c. una delle applicazioni paradigmatiche della regola generale contenuta nell'art. 1337 c.c.

⁵⁴⁹ Cassazione, 29 settembre 2005, n. 19024, cit., 1114 s.

⁵⁵⁰ G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 2, 107. Vedi anche V. ROPPO - G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari ai contratti in genere*, cit., 35, i quali osservano che i criteri per la determinazione del danno in caso di responsabilità precontrattuale possono essere molteplici. Nel commento ne vengono indicati tre: il primo, proprio dell'azione estimatoria (*actio quanti minoris*), il secondo, designato con il nome di *out of pocket*, il terzo è quello c.d. del *loss of bargain*.

E così si è osservato in dottrina che il nuovo rimedio risarcitorio “*non si sostituisce al diritto o all’obbligo sostanziale, ma intende fornire un piano di tutela adeguata, in presenza di violazioni di interessi e diritti, specie in presenza di forme complesse e fondamentali e di nuovi beni da tutelare*”⁵⁵¹.

La nuova interpretazione fornita dalla Suprema Corte in tema di risarcimento, unitamente alle oramai numerose sentenze che si sono occupate della distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale⁵⁵² e del loro progressivo avvicinamento⁵⁵³, hanno offerto peraltro ulteriori argomentazioni a quegli orientamenti minoritari che sostenevano la natura contrattuale della *culpa in contrahendo*⁵⁵⁴. Ed infatti, la possibilità di

⁵⁵¹ G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 2, 107.

⁵⁵² Cassazione, 26 giugno 2007, n. 14712, in *Guida dir.*, 2007, 29, 42 (s.m.), secondo la quale “*E’ opinione ormai quasi unanimemente condivisa dagli studiosi quella secondo cui la responsabilità nella quale incorre “il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta” (art. 1218 c.c.) può dirsi contrattuale non soltanto nel caso in cui l’obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto... ma anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall’inesatto adempimento di un’obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte*”. “*In un quadro sistematico peraltro connotato da un graduale avvicinamento dei due tradizionali tipi di responsabilità, anche la giurisprudenza ha in più occasioni mostrato di aderire a siffatta concezione della responsabilità contrattuale, ritenendo che essa possa discendere anche dalla violazione di obblighi nascenti da situazioni (non già di contratto, bensì) di semplice contatto sociale, ogni qual volta l’ordinamento imponga ad un soggetto di tenere, in tali situazioni, un determinato comportamento*”. Si pensi alla responsabilità del medico dipendente dalla struttura sanitaria (Cass. n. 9085 del 2006, Cass. n. 12362 del 2006, Cass. n. 10297 del 2004, Cass. n. 589 del 1999) o anche alla responsabilità del sorvegliante dell’incapace (Cass. n. 11245 del 2003). Da ciò discende, che “*la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sta essenzialmente nel fatto che quest’ultima consegue dalla violazione di un dovere primario di non ledere ingiustamente la sfera di interessi altrui, onde essa nasce con la stessa obbligazione risarcitoria, laddove quella contrattuale presuppone l’inadempimento di uno specifico obbligo giuridico già preesistente e volontariamente assunto nei confronti di un determinato soggetto (o di una determinata cerchia di soggetti). In quest’ottica deve esser letta anche la disposizione dell’art. 1173 c.c. che classifica le obbligazioni in base alla loro fonte ed espressamente distingue le obbligazioni da contratto (da intendersi nella più ampia accezione sopra indicata) da quelle da fatto illecito*”.

⁵⁵³ Sul tema del rapporto tra contratto e illecito si veda in particolare G. VETTORI, *Persona e responsabilità civile*, cit., I, 9 secondo il quale “*l’espandersi di doveri di comportamento a carico di un soggetto rafforza la posizione giuridica del destinatario di tali contegni e accresce la rilevanza giuridica del rapporto sicché le regole di responsabilità si avvicinano progressivamente al modello contrattuale ponendo a carico dell’obligato l’onere di dimostrare il rispetto delle situazioni doverose che gravano sulla sua posizione*”; ID., *Il danno non patrimoniale fra illecito e contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 2; 235 ss. ID. *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbligazioni e contr.*, 2008, 5, 393 ss.; ID. *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 2, 107 s.; ID., *La responsabilità civile tra funzione compensativa e deterrente*, in www.personaemercato.it; F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella “terra di nessuno tra contratto e fatto illecito”: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 539 ss.; P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova 1989, 183 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 455 ss.

⁵⁵⁴ Fra gli Autori che hanno ricondotto la *culpa in contrahendo* alla responsabilità per inadempimento dell’obbligazione vedi L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 370 ss.; F. BENATTI, *Culpa in contraendo*, in *Contr. impr.*, 1987, 1, 287 ss.; F. CARUSI *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 709 ss.; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, Tratt. Bessone, XIII, 2, Torino, 2000, 201-444; R. STOLFI, nota a cassazione 22/1954, in *Foro it.*, 1954, I, 1108-1110; F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 1961, IX, Milano, 784 ss.; F. ROLFI, *Le obbligazioni da contatto sociale nel quadro delle fonti di obbligazioni*, in *Giur. merito*, 2007, 581 ss. *Contra*, fra gli altri, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1993.

valutare il comportamento antecedente alla conclusione del contratto (fase del contatto sociale) anche dopo che quest'ultimo sia stato validamente concluso e di commisurare il danno che ne consegue al "*minor vantaggio o al maggiore aggravio economico*" giustifica l'assorbimento della violazione della buona fede nella disciplina del contratto e della responsabilità per inadempimento⁵⁵⁵.

Gli effetti di tale ricostruzione si apprezzano sotto il profilo dell'onere probatorio: se la violazione della correttezza durante la fase precontrattuale, caratterizzata da un obbligo di comportarsi secondo buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c., implica una responsabilità di natura contrattuale, dovrà essere applicato anche il relativo regime probatorio proprio della disciplina dell'inadempimento dell'obbligazione così come ridisegnato dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite con sentenza del 30 ottobre 2001, n. 13533⁵⁵⁶.

3. Danni esistenziali e responsabilità precontrattuale.

Le vicende della nuova responsabilità precontrattuale e del danno non patrimoniale trovano il loro punto di intersezione sul terreno degli obblighi di informazione, che per un verso sono espressione della buona fede e, per altro verso, sono funzionali, e perciò precedenti, alla conclusione del contratto.

L'allargamento della fase preparatoria del contratto ed il conseguente proliferare degli obblighi informativi nei settori delle relazioni squilibrate evidenzia la rilevanza che va acquisendo il valore non patrimoniale dell'autodeterminazione.

Particolare attenzione ha suscitato, in dottrina e giurisprudenza, l'art. 21 del Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria il quale, con riferimento alla negoziazione su base individuale, dispone che "*Nella prestazione dei servizi di investimento e accessori i soggetti abilitati devono a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati*". b) *acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati*"⁵⁵⁷.

La disposizione, nell'imporre agli intermediari l'obbligo di fornire ai risparmiatori un'informazione efficace sui rischi dell'investimento, troverebbe il proprio fondamento normativo nell'art. 47 Cost. ai sensi del quale "*La Repubblica incoraggia e tutela il*

⁵⁵⁵ G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità*, cit., 108.

⁵⁵⁶ La parte vittima del comportamento sleale, nel richiedere il risarcimento dei danni, dovrà dunque provare la fonte dell'obbligo e allegare l'inadempimento. Spetterà al debitore provare di avere esattamente adempiuto al dovere di buona fede.

⁵⁵⁷ L'art. 21 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 così dispone: "*Nella prestazione dei servizi di investimento e accessori i soggetti abilitati devono a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati c) utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette chiare e non fuorvianti d) disporre di risorse e procedure anche di controllo interno in modo da assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività...*".

risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito. Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese"⁵⁵⁸. Recentemente la giurisprudenza ha sostenuto che la norma debba essere interpretata non solo in coerenza con la Costituzione ma anche in senso comunitariamente orientato nell'ottica di una tutela più incisiva della posizione dell'investitore.⁵⁵⁹

Nel settore dell'intermediazione finanziaria, dunque, anche alla luce dei recenti casi giudiziari⁵⁶⁰, è ben possibile ipotizzare il verificarsi di danni non patrimoniali, ed in particolar modo esistenziali, derivanti dalla violazione dell'obbligo di informare costituente l'imprescindibile presupposto per l'autodeterminazione all'investimento. Sebbene la decisione di intraprendere una determinata operazione finanziaria risponda sicuramente ad un immediato interesse patrimoniale dell'investitore-cliente, la stessa può ben rispondere ad interessi non patrimoniali riguardanti la gestione della propria esistenza⁵⁶¹.

Ed allora, poiché il piccolo risparmio, soprattutto per coloro che appartengono alle fasce più deboli della società, può rappresentare la fonte di una vita libera e dignitosa, ne consegue che l'informazione sul rischio connesso all'investimento finanziario diventa un

⁵⁵⁸ Sul tema vedi in dottrina V. SCALISI, *Dovere d'informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in *L'intermediazione mobiliare. Studi in memoria di A. Maisano*, Jovene, 1994, 94; R CALVO, *Il risparmiatore disinformato tra poteri forti e tutele deboli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 4, 1442 ss. secondo il quale "le parti economicamente dominanti sono libere di raggiungere il profitto purché questo traguardo non calpesti la dignità dei ceti più deboli e meno organizzati"; P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 91 ss.

⁵⁵⁹ V. Corte d'Appello, sez. I, 27 novembre 2009, in www.ilcaso.it, secondo la quale Il quadro normativo costituito dall'art. 21, co. 1 lett. b) D.Lgs. 24/2/1998, n. 58 nonché dal Regolamento CONSOB 1/7/1998, n. 11522 trova il suo fondamento e la sua giustificazione nell'esigenza di "tutela del risparmio in tutte le sue forme", bene costituzionalmente garantito dall'art. 47, co. 1 Cost., che si sostanzia nell'interesse pubblico al controllo della gestione di esso. Quindi, l'interpretazione del quadro normativo suddetto deve essere costituzionalmente orientata. Ma deve essere anche comunitariamente orientata, atteso che in materia giocano due interessi egualmente rilevanti: quello della libertà di attività economica nel rispetto del principio di concorrenza su tutto il territorio della Comunità, sul versante delle imprese (Direttiva 10/5/1993, n. 93/22/CEE - Considerando 6), e quello della tutela degli investitori (Direttiva 10/5/1993, n. 93/22/CEE - Considerando 5), la cui posizione è connotata da una forte asimmetria di informazione rispetto all'impresa di gestione dell'investimento. Dove, inizialmente, l'interesse della Comunità era più orientato a favorire la libertà di concorrenza e stabilimento, in condizioni assoluta parità, fra imprese di investimento e banche (Direttiva 10/5/1993, n. 93/22/CEE - Considerando 1, 3, 4, 6, 8, direttiva oggi abrogata), mentre oggi la tutela si è spostata verso una considerazione più incisiva della posizione dell'investitore.

⁵⁶⁰ Si veda a questo proposito, Trib. di Genova, sez. I, 18 aprile 2005, in *Danno e resp.*, 2005, 6, 604 ss.; Trib. di Genova, sez. I, 15 marzo 2005, ivi, 609 ss.; Trib. di Mantova, sez. II, 1° dicembre 2004, ivi, p. 614 ss.; Trib. di Venezia, sez. II, 22 novembre 2004, ivi, 618 ss., tutte commentate da V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione (a proposito di cirio bond & tango bond)*, in *Danno e resp.*, 2005, 6, 604 ss.

⁵⁶¹ Si pensi all'ipotesi di due coniugi anziani che investono gran parte dei propri averi senza essere informati del rischio elevato cui vanno incontro e che si ritrovano, in seguito alla concretizzazione del rischio stesso, a dover vivere l'ultima parte della loro esistenza in condizioni disagiate. Così Trib. Mantova, 1° dicembre 2004, in *Danno e resp.*, 2005, 614 ss., con nota di V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*, ivi, 624 ss.

diritto inviolabile, punto di incontro fra le ragioni dell'impresa ai sensi dell'art. 41 Cost. e i bisogni esistenziali della persona⁵⁶².

Si può ritenere, conformemente a quanto sostenuto da una recente dottrina, che sia possibile coniugare i risultati interpretativi sul danno non patrimoniale in ambito contrattuale (Cassazione 26972/2008) con i recenti sviluppi in tema di *culpa in contrahendo* (Cassazione 26724/26725-2007) e configurare in tal modo il risarcimento del danno non patrimoniale, in specie esistenziale, derivante dall'inadempimento di un obbligo imposto dalla legge anche in presenza di un contratto validamente concluso ed efficace⁵⁶³.

D'altronde il modello strutturale descritto dall'art. 1174 c.c., e valorizzato dalla Corte di Cassazione, potrebbe ben riferirsi, oltre che alle obbligazioni contrattuali, anche all'area delle obbligazioni *ex lege*.⁵⁶⁴

Per ciò che riguarda la delimitazione dell'area del danno non patrimoniale risarcibile, nell'impossibilità di fare riferimento alla funzione attribuita dalle parti al negozio giuridico trattandosi di obbligazioni legali, il criterio da utilizzare consisterà nell'individuazione dei diritti costituzionalmente garantiti ed inviolabili, non solo quelli espressamente previsti nella Costituzione, ma anche quelli che il giudice saprà riconoscere come tali⁵⁶⁵.

Conclusioni.

Il codice civile del 1942 non costituisce più l'unica fonte normativa di riferimento per l'interprete bensì fa parte di un complesso sistema di fonti formato dalla Carta Costituzionale, dalla legislazione ordinaria, dalla normativa comunitaria e dalla "giurisprudenza normativa".

La pluralità delle fonti ha determinato due fenomeni di particolare importanza e cioè la decodificazione e la depatrimonializzazione. Da una parte dunque gli interessi ritenuti meritevoli di tutela non sono più disciplinati in un unico testo normativo; dall'altra, viene riconosciuta la centralità della persona quale portatrice di interessi non solo patrimoniali ma anche personali (artt. 2 e 32 Cost.).

⁵⁶² V. R. CALVO, cit., 1444.

⁵⁶³ C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 7-8, 1450 ss.; ID., "Il danno risarcibile tra interesse negativo e interesse positivo", in *Persona e danno*, 2009.

⁵⁶⁴ Secondo C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e danno non patrimoniale*, cit., 1450 ss. ciò sarebbe confermato anche dalle ipotesi di responsabilità medica per omessa od erronea informazione - casi tipici di responsabilità precontrattuale- e in relazione alle quali la giurisprudenza risarcisce gli eventuali danni non patrimoniali. Sul punto vedi Cassazione, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 5, 748 ss., la quale ha riconosciuto che la mancata informazione non è causa di invalidità ma di responsabilità, ha implicitamente confermato l'ammissibilità del risarcimento del danno non patrimoniale per violazione di un obbligo precontrattuale anche in presenza di un contratto valido

⁵⁶⁵ Secondo C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e danno non patrimoniale*, cit., 1450 ss., in caso di contratto valido ed efficace, il danno dovrà essere commisurato non al minor vantaggio derivante dal contratto concluso ma all'entità e alla gravità della lesione che nella fase delle trattative sia stata arrecata al diritto ad autodeterminarsi della controparte.

La molteplicità dei centri di produzione normativa, sia a livello sovranazionale (Comunità europea, Accordi internazionali) sia a livello nazionale (Stato, Regioni, Autorità indipendenti, autonomia privata) rivela una produzione legislativa asistemica. La norma giuridica mostra dei cedimenti sul piano dei caratteri di generalità e astrattezza e finisce in molti casi per rappresentare una risposta alle istanze particolaristiche di singoli soggetti o gruppi di persone⁵⁶⁶.

Il nuovo contesto politico e giuridico così determinato ha posto il problema di quali siano gli attuali rapporti fra legislazione e giudice⁵⁶⁷. Per l'interprete, soggetto alla legge secondo la Costituzione, diventa eccessivamente difficile l'assolvimento del proprio compito. E ciò in ragione di due fattori, il primo, riconducibile alla quantità delle disposizioni da applicare, il secondo, dovuto allo svilupparsi di un sistema aperto, pluralista, rispettoso delle autonomie locali e facente parte dell'ordinamento europeo⁵⁶⁸.

È proprio in un sistema aperto, o semiaperto, che assumono particolare rilievo le "clausole generali" considerate forme di adattamento alla normativa rigida, indicative di valori ordinamentali espressi con formule generiche suscettibili di essere riempiti di significato dall'interprete. Si pensi alla buona fede, alla centralità della persona, o alla solidarietà⁵⁶⁹.

In questo modo la realizzazione del principio di legalità passa attraverso l'attività interpretativa del giudice il quale, nella determinazione della regola del caso concreto, dovrà sempre muoversi all'interno del recinto costituzionale⁵⁷⁰. Si abbandona così il criterio classico della sussunzione, che impone di ricondurre il fatto concreto ad una fattispecie astratta preesistente, e ci si affida direttamente al giudizio sul fatto che, così, riempie di contenuto la norma che prevede la clausola generale⁵⁷¹. Il rimedio diventa così

⁵⁶⁶ Relazione del Primo Presidente della Suprema Corte di cassazione, Roma, 2008.

⁵⁶⁷ Sul punto vedi le osservazioni di G. VETTORI, *La responsabilità civile fra funzione compensativa e deterrente*, in <http://www.personaemercato.it/materiali/appendice-diritto-civile-aa-2010-2011>.

⁵⁶⁸ Relazione del Primo Presidente della Suprema Corte di cassazione, Roma, 2008.

⁵⁶⁹ Relazione, cit.; Cassazione, 11 maggio 2009, n. 10741, *Giust. civ. mass.*, 2009, 5, 748 ss.; Vedi G. VETTORI, *Il contratto del terzo millennio*, in *Persona e Mercato* 2010, 3, 217-218, secondo il quale "La derivazione del diritto dalla sola legge è un dogma perduto" ed ancora "sbiadisce la dicotomia tra fatto e diritto e fondamentale è il ruolo del fatto che non chiede di misurarsi con un determinato precetto ma ha in sé, nella complessità delle fonti, elementi per acquisire rilevanza giuridica".

⁵⁷⁰ Cassazione, 11 maggio 2009, n. 10741, cit., secondo la quale "In tal modo, con evidente applicazione del modello ermeneutico tipico della *interessenjurisprudenz* (cd. giurisprudenza degli interessi, in contrapposizione alla *begriffsjurisprudenz* o giurisprudenza dei concetti quale espressione di un esasperato positivismo giuridico) si evita sia il rischio, insito nel cd. sistema chiuso (del tutto codificato e basato sul solo dato testuale delle disposizioni legislative senza alcun spazio di autonomia per l'interprete), del mancato, immediato adeguamento all'evolversi dei tempi, sia il rischio che comporta il cd. sistema aperto, che rimette la creazione delle norme al giudice sulla base anche di parametri socio-giuridici (ordine etico, coscienza sociale etc.) la cui valutazione può diventare arbitraria ed incontrollata. La funzione interpretativa del giudice, i suoi limiti, la sua vis expansiva sono, dunque, funzionalmente collegati all'assetto costituzionale del nostro ordinamento quale Stato di diritto anch'esso caratterizzato dal Rule of law (vale a dire dal principio di legalità), assetto in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice".

⁵⁷¹ G. D'AMICO, *Buona fede in contrahendo*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 2, 356.

strumento che si modella in ragione delle esigenze di tutela degli interessi emergenti, soprattutto quelli non patrimoniali.

Alla luce della descrizione del nuovo assetto ordinamentale possono comprendersi le vicende relative al danno non patrimoniale la cui evoluzione interpretativa è strettamente legata al nuovo ruolo svolto dal giudice di legittimità ed alla funzione assunta dalle clausole generali.

Pochi anni or sono, la Corte di Cassazione, nel rifiutare la tradizionale interpretazione della giurisprudenza che subordinava la risarcibilità del danno non patrimoniale alla fattispecie di reato, statuiva, con le sentenze nn. 8827-8828 del 2003, che nel vigente assetto ordinamentale, in cui l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, il danno non patrimoniale dovesse essere inteso nella sua accezione più ampia di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica.

L'aver affermato la posizione di preminenza della Carta Costituzionale e la centralità della persona con il riferimento all'art. 2 non poteva che avere, nel ragionamento della Corte di Cassazione, due conseguenze logiche: ogni volta che si verifica un danno derivante dalla lesione di diritti inviolabili deve operare il principio della minima tutela risarcitoria, anche al di fuori dei casi determinati dalla legge; deve, inoltre, consentirsi all'interprete di rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano di rango costituzionale ed ascrivibili a posizioni inviolabili della persona⁵⁷².

Orbene, la ricerca ha voluto evidenziare come la figura del pregiudizio esistenziale, ricondotta alla responsabilità extracontrattuale in seguito ad una tormentata evoluzione interpretativa, abbia guadagnato, nell'ultimo decennio, uno spazio rilevante anche nell'ambito della responsabilità derivante dall'inadempimento dell'obbligazione avente fonte nel contratto o nel contatto sociale qualificato, ed in particolare nel settore della responsabilità medica.

Il pregiudizio esistenziale, inoltre, potrebbe in futuro trovare eventuali applicazioni non solo sul piano dell'inadempimento dell'obbligazione ma anche su quello della responsabilità risarcitoria per violazione dell'obbligo di buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto, tenuto conto anche dei recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità sulla configurabilità di ipotesi di responsabilità precontrattuale anche nel caso di contratto valido.

Ed infatti, la ormai chiara identificazione fra comportamento di buona fede durante le trattative e condotta conforme al principio della solidarietà sociale (art. 2 Cost.) conferma l'idea che anche nell'ambito della *culpa in contrahendo* si possano creare spazi risarcitori per la tutela della persona sul versante della sua autodeterminazione in ordine ad eventuali scelte di carattere esistenziale.

⁵⁷² Cassazione, sezioni unite, 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giust. civ. mass.* 2008, 11, 1607 ss.

Dal principio del necessario riconoscimento della minima tutela risarcitoria per gli interessi costituzionalmente rilevanti, consegue, pertanto, che il pregiudizio esistenziale derivante dalla lesione di un diritto inviolabile possa essere ristorato non solo quando il danno trovi la propria fonte nella responsabilità extracontrattuale e contrattuale, ma anche in quella precontrattuale e da contatto sociale qualificato.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Il danno alla persona*, diretto da P. Cendon e A. Baldassari, I, Bologna, 2006.
- AA. VV., *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, a cura di P. Cendon e P. Ziviz, Milano, 2000.
- AA. VV., *La responsabilità medica*, Milano, 1982.
- ADDIS F., *Risarcimento del danno contrattuale. Riflessioni su «Sistema e prospettive nell'interazione fra gli ordinamenti tedesco e italiano in Europa» secondo Stefan Grundmann*, in *Dir. giur.* 2007,1, 18 ss.
- ALBANESE A., *Regole di condotta e regole di validità, nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, 1 107 ss.
- ALPA G., *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario per un'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole di diritto comune*, in *Contr. e impr.*, 2008, 4-5, 889 ss.
- ALPA G., *Gli incerti confini della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 11, 1805 ss.
- ALPA G., *La protezione della salute e il risarcimento del danno alla persona in una prospettiva europea*, in *Rass. forense*, 2005, 793 ss.
- ALPA G., *La responsabilità civile*, 3°ed., Milano 2001.
- ALPA G., *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, Milano, 1999.
- ALPA G., *La responsabilità medica*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1999, 15 ss.
- ALPA G., *La legge sui diritti dei consumatori*, in *Corr. giur.*, 1998, 9, 997 ss.
- ALPA G., nota a Corte Cost. 14/7/1986, n. 184, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 534 ss.
- ALPA G., *Danno biologico e diritto alla salute davanti alla Corte di Cassazione*, in *Giust. civ.*, 1981, I, 1907 ss.
- ALPA G., *Danno biologico e diritto alla salute davanti alla Corte Costituzionale*, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 9 ss.
- ALPA G., *Il danno biologico: percorso di un'idea*, Padova, 1987.
- ALPA G., *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979.
- ALPA G., *Danno «biologico» e diritto alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art.32 Costituzione*, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, 442 ss.
- ALPA G. – BESSONE M., *Atipicità dell'illecito. Profili dottrinali*, Milano, 1977.
- AMATO C., *I primi passi del danno non patrimoniale per inadempimento contrattuale dopo le Sezioni Unite di San Martino*, in *Danno e resp.*, 2009, 7, 771 ss.
- AMENDOLAGINE V., *Ancora una precisazione sulla risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Il Giudice di pace*, 2009, 4, 284 ss.
- AMOROSO D., *Sulle conseguenze risarcitorie della colposa mancata diagnosi prenatale della malformazione del nascituro*, in *Giust. civ.*, 2008, 10, 2278 ss.
- AGNINO F., *Il contratto, le sculture, la perdita della memoria dell'artista* in *Danno e resp.*, 2004, I, 81 ss.

ANGIULI A., *La riduzione delle poste risarcitorie come effetto della configurazione del "nuovo" danno non patrimoniale*, in *Giur. it.*, 2009, 10, 2196 ss.

ANZANI G., *Il nuovo danno alla persona e il concorso della vittima in materia di sinistri stradali*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 12, 2498 ss.

ASCOLI A., *Risarcibilità del danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1934, 405 ss.

AZZARRI F., *Dal danno parentale un modello per il sistema dei danni alla persona*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2, 304 ss.

AZZARRI F., *Responsabilità presunta, responsabilità oggettiva e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 5, 1078 ss.

BAIONA S., *Risarcimento del danno esistenziale al pubblico dipendente il cui avanzamento di carriera sia stato riconosciuto con grave ritardo*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 4, 917 ss.

BALDASSARI S., *Sterilità mancata. La nascita indesiderata e la responsabilità del medico*, in *Giust. civ.*, 2003, 11, 2613 ss.

BALLARANI G., *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura "integrata" dell'art. 1 c.c.*, in *Dir. fam.*, 2009, 3, 1180 ss.

BANTI G., *«Fattori rilevanti nella liquidazione del danno biologico»*, in *Danno e resp.*, 2007, 4, 370 ss.

BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948.

BARBERO D., *Responsabilità aquiliana per lesione del rapporto personale*, in *Foro pad.*, 1951, III, 58 ss.

BARBIERI C., *Mobbing, valutazione medico-legale anche alla luce delle prospettive terapeutiche*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2005, 6, 1035 ss.

BARCELLONA P., *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962.

BARNI M., *Nuove frontiere della responsabilità per pratiche mediche non convenzionali (dall'esercizio abusivo all'omicidio volontario)*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 6, 1449 ss.

BARNI M., *Equilibrismi dialettici tra consenso limitato e dissenso esplicito vs l'atto medico*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2003, 2, 402 ss.

BARNI M., *Il medico legale e la dimensione biologica dell'esistenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 2, 581 ss.

BARONI M., *Funzione, prova e quantum della riparazione del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 2006, 12, 1247 ss.

BASINI F.G., *Violazione del c.d. "diritto di visita dei nonni" ed ingiustizia del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 4, 718 ss.

BELLANOVA L., *Il dovere di informare: una nuova frontiera della responsabilità del medico?*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 1, 163 ss.

BELLUCCI G., *Elementi costitutivi e presupposti del danno esistenziale da provvedimento amministrativo illegittimo*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2, 411 ss.

BENATTI F., *Culpa in contrahendo*, in *Contr. impr.*, 1987, 1, 287 ss.

BENEDETTI A.M. - BARTOLINI F., *Utente vs Servizio Sanitario: il “no” della Cassazione al foro del consumatore*, in *Danno e resp.*, 2010, 1, 62 ss.

BERTONCINI M., *Demansionamento e onere della prova dei danni conseguenti*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 6, 1041 ss.

BERTULETTI A., *Il rifiuto del lavoratore di esercitare le mansioni del responsabile del servizio prevenzione e protezione e il risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 6, 1325 ss.

BESSONE M., *Danno biologico, garanzia della persona e problemi di legittimità costituzionale dell’art. 2059 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, 277 ss.

BESSONE M., *Valore precettivo dell’art. 32 Cost., tutela della salute e danno biologico*, in *Foro pad.*, 1981, 323 ss.

BESSONE M. - D’ANGELO A., *Buona fede*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988..

BESSONE M. - E. ROPPO, *Lesione dell’integrità fisica e “diritto alla salute”. Una giurisprudenza innovativa in tema del danno alla persona*, in *Giur. it.*, 1975, I, 60 ss.

BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1954.

BIANCA C.M., *Diritto civile, 3, Il contratto*, Milano, 2000.

BIANCA C.M., *Diritto civile, 4, L’obbligazione*, Milano, 2000.

BIANCA C.M., *Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 689 ss.

BIANCHI A. – BRILLI C. - MACRÌ P.G. – PAGLIUCA D. – PEZZUOLO S. – SESTINI D., *Back to Bentham. Verso una scienza della misurazione dell’utilità e del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 4, 954 ss.

BIANCHI A., *Danno e modernità*, in *Danno e resp.*, 2009, 4, 353 ss.

BIANCHI A., *Le avventure della sofferenza*, in *Danno e resp.*, 2009, 8-9, 907 ss.

BIANCHI R., *Danno da pubblicità ingannevole e consumatori: in Cassazione un’apertura condizionata*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 3, 605 ss.

BIANCHI A., *Il danno biologico dopo il Codice delle assicurazioni: prospettive giuridiche e medico-legali*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2, 469 ss.

BIANCHI A., *Il Nonabbastanza e il Fintropo. A proposito di esistenzialisti e antiesistenzialisti*, in *Danno e resp.*, 2008, 6, 714 ss.

BIANCHI A., *La complessità del danno psichico I*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 9, 1990 ss.

BIANCHI A., *La complessità del danno psichico II*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 11, 2470 ss.

BIGIAVI W., *L’associazione Calcio Torino e il disastro di Superga*, in *Giur. it.*, 1951, IV, 81 ss.

BIGLIAZZI GERI L., *Interessi emergenti, tutela risarcitoria e nozione di danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 29 ss.

BILOTTA F., *Danno morale, da evitare l’“ossessione” del risarcimento unitario*, in *Responsabilità e Risarcimento*, luglio-Agosto, 2009, , 1ss.

BILOTTA F., *Il riflesso sulla quotidianità fondamento per i danni bagatellari*, in *Responsabilità e Risarcimento*, Aprile, 2009, 1 ss.

BILOTTA F., *I pregiudizi esistenziali: il cuore del danno non patrimoniale dopo le S.U. del 2008*, in *Resp. civ.*, 2009, 1, 45 ss.

BILOTTA F., *Rc:l'ingresso nel nostro sistema di danni punitivi e pene private*, in *Responsabilità e risarcimento*, 2008, 4, 95 ss.

BILOTTA F., *Consenso informato negli atti sanitari: tre accorgimenti per non sbagliare*, in *Responsabilità e risarcimento*, 2008, 1, 108 ss.

BILOTTA F., *La modifica degli assetti relazionali è rilevante anche dopo il parto*, in *Responsabilità e risarcimento*, 2008, 8, 55 ss.

BILOTTA F., *Alle prese con il biologico e l'esistenziale: come evitare duplicazioni nel ristoro*, in *Responsabilità e risarcimento*, 2008, 2, 101 ss.

BILOTTA F., *Nel determinare l'eventuale danno il vero problema resta la prova*, in *Guida dir.*, 2007, 39, 60 ss.

BILOTTA F., *Infedeltà coniugale e danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1, 85 ss.

BILOTTA F., *L'applicazione della categoria del danno esistenziale nelle pronunce del 2005*, in *Giur. merito*, 2006, 5, 1084 ss.

BILOTTA F., *Attraverso il danno esistenziale, oltre il danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 6, 1235 ss.

BILOTTA F., *La nascita non programmata di un figlio e il conseguente danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 2, 446 ss.

BILOTTA F., *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, in *Giur. it.*, 2001, 6, 1159 ss.

BIMBI C., *Malpractice e danno esistenziale*, in *Persona e Danno*, a cura di P. Cendon, V, Milano, 2004, 5007 ss.

BLAIOTTA R., *La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio*, in *Cass. pen.*, 2007, 1, 365 ss.

BONA C., *Danno non patrimoniale da inadempimento: risarcibilità e limiti*, in *Danno e resp.*, 2008, 2, 190 ss.

BONA M., *Danni da morte iure successionis: la Cassazione valorizza il «danno biologico terminale» mentre la giurisprudenza di merito mantiene aperta la questione del «danno da perdita di vita»* in *Giur. it.*, 2004, 495 ss.

BONA M., *Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte Costituzionale apre (verso il nuovo art. 2059 c.c.)*, in *Danno e resp.*, 2003, 10, 941 ss.

BONA M., *Errori professionali dei medici di base e dei pediatri*, in *Danno e resp.*, 2006, 12, 1165 ss.

BONA M., *Danno alla persona*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 2, 313 ss.

BONA M., *Quantum del danno patrimoniale e liquidazione equitativa*, in *Danno e resp.*, 2006, 11, 1073 ss.

BONA M., *Il danno alla persona nella prospettiva europea*, in www.dannoallapersona.it.

BONA M. - CASTELNUOVO A., *La perdita del frutto del concepimento: questioni di responsabilità medica e risarcimento del danno (Un'ipotesi di danno esistenziale?)*, in *Giur. it.*, 1999, 4, 735 ss.

BONA M. – MONATERI P.G., *Il nuovo danno non patrimoniale*, in *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, Milano, 2004.

BONACCORSI F., *I percorsi del danno non patrimoniale da demansionamento tra dottrina e giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 4, 839 ss.

BONANNI CAIONE A., *L'obbligazione senza prestazione, se inadempita, produce anche danni esistenziali. Vero, ma cos'è il danno esistenziale?*, in *Giur. merito*, 2005, 5, 1051 ss.

BONASI BENUCCI E., *Responsabilità civile*, Milano, 1955.

BONILINI G., *Danno morale*, in *Dig. disc. priv.*, V, Torino, 1989, 83 ss.

BONILINI G., *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, 159 ss.

BONILINI G., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983.

BONZIGLIA S., *Aspetti di responsabilità professionale del medico legale*, in *Danno e resp.*, 2008, 11, 1176 ss.

BORDON R., *Il danno esistenziale dei genitori di un bambino sano e vitale, ma nato morto, alla fine di una regolare gestazione, per una tardiva diagnosi dei medici*, in *Dir. fam.*, 2007, 1, 246, ss.

BORDON R., *Il danno esistenziale dei genitori di un bambino sano e vitale, ma nato morto, alla fine di una regolare gestazione, per una tardiva diagnosi dei medici*, in *Dir. fam.*, 2007, 1, 246 ss.

BORDON R., *Chi non informa paga: danno esistenziale da inadempimento del contratto di assistenza sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 2, 525 ss.

BRASIELLO T., *I limiti della responsabilità per danni*, Milano, 1959.

BRECCIA U., *Principles, definitions e model rules nel "comune quadro di riferimento europeo" (Draft Common Frame of Reference)*, in *Contratti*, 2010, 1, 95 ss.

BREDA R., *Contenuto del rapporto obbligatorio e onere della prova nella responsabilità medica*, in *Danno e resp.*, 2008, 12, 1265 ss.

BREDA R., *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2006, 10, 953 ss.

BREGANTE L., *Danno biologico da morte iure ereditario*, in *Vita Not.*, 1995, 2, 613 ss.

BRUGI B., *Danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, II, 621 ss.

BRUGI B., *Ancora del danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, II, 385 ss.

BRUGI B., *Risarcimento del danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, II, 448 ss.

BUFFA F., *Nota sulla prova e liquidazione del danno da demansionamento*, in *Giur. it.*, 2006, 10, 1825 ss.

BUFFONE G., *Limiti risarcitori per i danni alla salute, non per quello morale*, in *Responsabilità e Risarcimento*, maggio, 2009, 1 ss.

BUSNELLI F.D., *Le sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 1, 97 ss.

BUSNELLI F.D., *Il danno alla persona: un dialogo incompiuto tra giudici e legislatori*, in *Danno e resp.*, 2008, 6, 609 ss.

BUSNELLI F.D., *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2003, 8-9, 826 ss.

BUSNELLI F.D., *Il danno alla persona al giro di boa*, in *Danno e resp.*, 2003, 3, 237 ss.

BUSNELLI F.D., *Il danno biologico: dal diritto vivente al diritto vigente*, Torino, 2001.

BUSNELLI F.D., *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il «muro» degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 335 ss.

BUSNELLI F.D., *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, I, 1 ss.

BUSNELLI F.D., *Illecito civile*, in *Enc. giur.*, XV, Milano, 1989.

BUSNELLI F.D., *Itinerari europei nella "terra di nessuno tra contratto e fatto illecito": la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 539 ss.

BUSNELLI F.D., *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 1, 27 ss.

BUSNELLI F.D., *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, 748 ss.

BUSNELLI F.D., *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, fasc. I-II, 41 ss.

BUSNELLI F.D., *Un clamoroso «revirement» della Cassazione: dalla «questione di Superga» al «caso Meroni»*, in *Foro it.*, 1971, I, 1284 ss.

BUSNELLI F.D. - U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978.

BUSNELLI F.D. - PATTI S., *Danno e Responsabilità civile*, Torino, 2003.

BUSSANI M. (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.

CACACE S., *I danni da mancato consenso informato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 7-8, 790 ss.

CACACE S., *Il consenso informato del paziente al trattamento sanitario*, in *Danno e resp.*, 2007, 3, 283 ss.

CACACE S., *Contenuti e funzioni del consenso informato: autodeterminazione individuale e responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2005, 8-9, 866 ss.

CAFAGGI F., *Responsabilità del professionista*, in *Dig. disc. priv., sez. civ. XVII*, Torino, 1997.

CAGGIA F., *In tema di responsabilità del medico*, in *Giur. it.*, 1998, I, 37 ss.

CALABRESI G., *Costo degli incidenti e responsabilità civile: analisi economico-giuridica*, Milano, 1975.

CALAMANDREI P., *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, 171 ss.

CALÒ E., *Il consenso informato: dal paternalismo all'autodeterminazione*, in *Notariato*, 2000, 2, 183 ss.

CALÒ E., *Anomia e responsabilità nel consenso al trattamento medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 4-5, 1220 ss.

CALVO R., *Il risparmiatore disinformato tra poteri forti e tutele deboli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 4, 1431 ss.

CAJAZZO L., *Danno esistenziale: le soluzioni indicate dalla Corte di Cassazione non sopiscono i contrasti*, in *Corr. merito*, 2005, 520 ss.

CAMARDI C., *Tecniche di controllo dell'autorità contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 4, 830 ss.

CAMILLETTI F., *L'art. 2 del Codice del consumo e i diritti fondamentali del consumatore nei rapporti contrattuali*, in *Contratti*, 2007, 10, 907 ss.

CAMPAGNOLI M.C., *Danno da perdita del rapporto parentale*, in *Il Civilista*, 2008, n. 6

CAMPANILE P., *L'autonomia ontologica del danno esistenziale*, in *Giust. civ.*, 2007, 6, 1427ss.

CAMPIONE R., *Trattamento medico eseguito lege artis in difetto di consenso: la svolta delle sezioni unite penali nella prospettiva civilistica*, in *Resp. civ.*, 2009, 11, 881 ss.

CANALE M., *Danno alla persona e questione di costituzionalità*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1980, 360 ss.

CARACUZZO R., *Danno esistenziale da perdita del congiunto: anche il nonno vuole la sua parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 11, 2404 ss.

CARADONNA P., nota a Corte d'Appello Milano 11/5/1920, in *Foro it.*, 1920, I, 554 ss.

CARBONE P., *Ulteriori riflessioni sul danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2008, 2, 210 ss.

CARBONE V., *Mutamenti giurisprudenziali alla tradizionale limitazione della tutela precontrattuale*, in *Corr. giur.*, 1993, 5, 560 ss.

CARBONE V., *Risarcibilità del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2008, 12, 1642 ss.

CARBONE V., *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e resp.*, 1999, 3, 294 ss.

CARBONE V., *La Cassazione apre una breccia nella irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Corr. giur.*, 1999, 9, 1061 ss.

CARBONE V., *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Danno e resp.*, 1999, 10, 974 ss.

CARBONE V., *Obbligazioni di mezzi e di risultato tra progetti e tatuaggi*, in *Corr. giur.*, 1997, 5, 550 ss.

CARBONE V., *Un'occasione perduta: la Cassazione riconferma la natura aquiliana della responsabilità precontrattuale*, in *Corr. giur.*, 1990, 8, 838 ss.

CARMASSI I., *Emissioni elettromagnetiche: tutela della persona e principio di precauzione*, in *Danno e resp.*, 2008, 7, 725 ss.

CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1961.

CARNELUTTI F., *Il danno e il reato*, Padova, 1926.

CARNELUTTI F., *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 743 ss.

CARNEVALI U., *Inadempimento e onere della prova*, in *Contratti*, 2002, 113 ss.

CARNEVALI U., *Omessa informazione da parte del medico, danno da trattamento terapeutico e ipotetica scelta del paziente*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 11 ss.

CARUSI D., *Tutela della salute, consenso alle cure, direttive anticipate: l'evoluzione del pensiero privatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 1, 7 ss.

CARUSI D., *Atti di disposizione del corpo*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1998.

CARUSI F., *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 709 ss.

CASABURI G., *Il diritto all'autodeterminazione nelle scelte sanitarie*, in *Corr. merito*, 2007, 4, 465 ss.

CASSANO G., *La responsabilità dell'ente previdenziale per danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2006, 11, 1140 ss.

CASSANO G., *L'azione di risarcimento nel nuovo codice delle assicurazioni*, in *Danno e resp.*, 2006, 4, 364 ss.

CASSANO G., *La prima giurisprudenza del danno esistenziale*, Piacenza, 2002.

CASSANO G., *Il danno esistenziale: dubbi e conferme*, in *Fam. Dir.*, 2002, 5, 516 ss.

CASTRONOVO C., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 3, 679 ss.

CASTRONOVO C., *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 1, 87 ss.

CASTRONOVO C., *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, 1, 5 ss.

CASTRONOVO C., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, Relazione all'incontro di formazione sul tema "Illecito aquiliano e ingiustizia del danno"*, Roma 29-30 maggio 2008, in www.csm.it.

CASTRONOVO C., *Sentieri della responsabilità civile europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 2, 787 ss.

CASTRONOVO C., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.* 2008, 2, 315 ss.

CASTRONOVO C., MAZZAMUTO S. (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007.

CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.

CASTRONOVO C., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 69 ss.

CASTRONOVO C., *Il danno alla persona tra essere e avere*, in *Danno e resp.*, 2004, 3 ss.

CASTRONOVO C., *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, 1998, 117 ss.

CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, *Le ragioni del diritto*, Milano, 1995.

CASTRONOVO C., *Responsabilità oggettiva*, II, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991.

CASTRONOVO C., «*Obblighi di protezione*», in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990.

CASTRONOVO C., *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 539 ss.

CASTRONOVO C., «*Danno biologico senza miti*» in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 3 ss.

CASTRONOVO C., *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, 158 ss.

CASTRONOVO C., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979.

CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972.

CATERBI S., *Il danno esistenziale da vacanza rovinata*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 6, 1401 ss.

CATTANEO G., *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958.

CATTANEO G., *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, II, 949 ss.

CAVALLO A., *Persecuzioni sul luogo di lavoro: il c.d. mobbing*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 9, 1750 ss.

CENDON P., *L'araba fenice: più vivo che mai il danno esistenziale presso i giudici italiani*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 1, 1 ss.

CENDON P., *L'urlo e la furia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 70 ss.

CENDON P., *Danno esistenziale e ossessioni negazioniste*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2, 284 ss.

CENDON P., *Ma il biologico saprà fare la sua parte?*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 7-8, 1558 ss.

CENDON P., *Caso barillà: perché sì al danno esistenziale, secondo la Cassazione penale*, in *Giur. it.*, 2004, II, 1035 ss.

CENDON P. - ZIVIZ P., *Vincitori e vinti (... dopo la sentenza n. 233/2003 della Corte costituzionale)*, in www.dannoallaperona.it.

CENDON P. (a cura di), *Il risarcimento del danno esistenziale*, in *Trattato breve dei nuovi danni*, Padova, 2001.

CENDON P., *Esistere o non esistere*, in *Trattato breve sui nuovi danni*, Padova, 2001.

CENDON P. – ZIVIZ P., *Il danno esistenziale. La nuova voce della responsabilità civile*, Milano, 2000.

CENDON P. – ZIVIZ P. (a cura di) *Il danno esistenziale: una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000.

CENICCOLA A., *Una nuova fattispecie generatrice del danno esistenziale: la responsabilità processuale*, in *Giur. merito*, 2005, 11, 2308 ss.

CENINI M., *Risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi di inadempimento contrattuale e vacanze rovinate: dal danno esistenziale al danno da “tempo libero sacrificato”?*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 5, 629 ss.

CESAREO-CONSOLO G., *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, Torino, 1914.

CESAREO CONSOLO G., *Trattato sul risarcimento del danno*, Torino, 1908.

CHABAS F., *Nuovi orientamenti della giurisprudenza francese in tema di informazione in campo sanitario*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 2, 576 ss.

CHINDEMI D., *Danno non patrimoniale a favore della moglie per assistenza al marito*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 7-8, 1552 ss.

CHINDEMI D., *Danno biologico, morale e patrimoniale del minore*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 6, 1313 ss.

CHINDEMI D., *Aspettando Godot (In attesa delle Sezioni Unite sul danno esistenziale)*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 5, 1189 ss.

CHINDEMI D., *Incapacità lavorativa specifica e prova del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2, 294 ss.

CHINDEMI D., *Perdita dell'animale d'affezione: risarcibilità ex art. 2059 c.c.*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 11, 2270 ss.

CHINDEMI D., *Danno esistenziale quale autonoma voce di danno distinta dal danno biologico e dal danno morale*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 6, 1281 ss.

CHINDEMI D., *Criteri di calcolo del reddito ai fini del danno patrimoniale da invalidità temporanea o permanente*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 6, 1311 ss.

CHINDEMI D., *Tabelle per il calcolo del danno biologico: utilizzazione e onere di produzione in giudizio*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 12, 2584 ss.

CHINDEMI D., *Il danno morale catastrofico*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 9, 1853 ss.

CHINDEMI D., *Molestie morali: tutela giuridica e rimedi terapeutici*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1, 197 ss.

CHINDEMI D., *La prova relativa al maggior danno deve essere fornita dalla parte richiedente*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 4, 799 ss.

CHINDEMI D., *Danno morale tanatologico: estensione del risarcimento ai “nuovi parenti” e riconoscimento del diritto alla vita*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 12, 2406 ss.

CHINDEMI D., *Diritto alla vita e nuova costruzione del danno tanatologico come danno da perdita della vita*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 10, 1767 ss..

CHINDEMI D., *Il risarcimento del danno non patrimoniale nel nuovo codice delle assicurazioni: risarcimento o indennizzo?*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 3, 549 ss.

CHIRONI G.P., *Del danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, II, 801 ss.

CHRISTANDL G., *Il danno esistenziale e la funzione nomofilattica della Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 4, 870 ss.

CIAN G., *La virata della cassazione sulla tutela aquiliana del credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, II, 199 ss.

CIAN G., *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, 197 ss.

CIANNI P., *Risarcimento del danno non patrimoniale alla persona*, in *Il Civilista*, 2008, 4.

CIARONI L., *Malpractice e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, II, 737 ss.

CICERO C., *Responsabilità civile e tutela dei diritti coniugali: verso la configurazione del diritto al risarcimento del danno per violazione della serenità familiare*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 11, 2449 ss.

CIMAGLIA C., *Così fu sdoganato il danno esistenziale. Definito il proprium della figura, prova a carico della vittima*, in *Dir. giust.*, 2006, 17, 10 ss.

CITARELLA G., *Danno non patrimoniale e contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2, 434 ss.

CITARELLA G., *Obblighi di informazione e responsabilità del chirurgo plastico*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 3, 677 ss.

COCO G.S., *La risarcibilità del danno biologico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1995, 4, 887 ss.

COGGIOLA N., *Esposizione ad amianto e mancato risarcimento dell'ansia di contrarre una patologia*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 7-8, 1648 ss.

COLASSO V., *La responsabilità civile nel nuovo codice*, Milano, 1942.

COLLICO M.T., *Lite temeraria e danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 9, 1925 ss.

COMANDÈ G., *Un'autentica estensione di tutela che cancella solo «diritti immaginari»* in *Guida dir.*, 2008, 47, 34 ss.

COMANDÈ G., *La rincorsa della giurisprudenza e la (in)costituzionalità dell'art. 2059 c.c.*, in *Danno e resp.*, 2003, 7, 774 ss.

COMANDÈ G. (a cura di), *Diritto privato europeo e diritti fondamentali: saggi e ricerche*, Torino, 2004.

COMPORTE M., *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive : [artt. 2049-2053]*, Milano, 2009.

CONFORTI M., *Responsabilità precontrattuale e dovere di informazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 207 ss.

CORDOPATRI F., *Appunti in tema di allegazione, di prova e di presunzione*, in *Giust. civ.* 2007, 3, 679 ss.

CORSALINI G., *L'Inail e la tutela previdenziale del danno da mobbing*, in *Danno e resp.*, 2006, 11, 115 ss.

CORTUCCI C. - LUCCHINI D. - GABBRIELLI M. - PONZETTI E., *Evidenze scientifiche ed incertezze circa il danno alla salute da elettrosmog: limiti normativi e percezione individuale del fenomeno*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 12, 2203 ss.

COSTANZA M., *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 1, 127 ss.

COSTANZA M., *Informazione del paziente e responsabilità del medico*, in *Giust. cost.*, 1986, I, 1435 ss.

COVIELLO L., *L'articolo 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, 313 ss.

CRICENTI G., *Il danno non patrimoniale da inadempimento ed i diritti inviolabili*, in *Contratti*, 2010, 5, 479 ss.

CRICENTI G., *Una diversa lettura dell'art. 2059 c.c.*, in *Danno e resp.*, 2003, 10, 957 ss.

CRICENTI G., *Il danno non patrimoniale*, Padova, 1999.

CRICENTI G., *Il danno, Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 3°ed., 1979.

CRISCUOLI G., *Ragionevolezza e «consenso informato» del paziente*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, I, 480 ss.

CUFFARO V., voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1265 ss.

CUOCCI V.V., *Morte del danneggiato per cause indipendenti dal fatto lesivo e liquidazione del danno biologico iure successionis*, in *Danno e resp.*, 2006, 10, 976 ss.

D'ALESSANDRO F., *La perdita di chances secondo la Cassazione civile: una tutela della «vittima» effettiva e praticabile*, in *Cass. pen.*, 2004, 7-8, 2543 ss.

DALFINO D., *Responsabilità per danni da fumo e successione tra enti nel processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1, 238 ss.

DALMARTELLO A., *Danni morali contrattuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, 53 ss.

D'ALOJA E., FIORI A., *La responsabilità professionale dei medici dipendenti dal servizio sanitario nazionale dopo la sentenza della Cassazione civile n. 589/1999 detta del "contatto sociale"*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2001, 4-5, 831 ss.

D'AMICO G., *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V, 2006, 977 ss.

D'AMICO G., *Buona fede in contrahendo*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 2, 355 ss.

D'AMICO G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 37 ss.

D'AMORE A., *Risarcibilità e quantificazione del danno esistenziale da immissioni eccedenti la normale tollerabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 11, 2391 ss.

D'ANGELO A., *Nuove voci di danno e duplicazioni risarcitorie nelle pronunce dei Giudici di Pace*, in *Danno e resp.*, 2007, 4, 378 ss.

D'ANGELO A., *Una deminutio esistenziale che comincia per "uper"...(ovvero: la collocazione sistematica del danno da ipersessualità post-contusiva)*, in *Danno e resp.*, 2007, 10, 1028 ss.

D'ANGELO F., *La protezione dell'assicurato e la trasparenza precontrattuale nelle assicurazioni non vita*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 9, 1775 ss.

D'ANTONIO V., *La Cassazione e il danno da fumo attivo: alla ricerca di un orientamento che non c'è*, in *Danno e resp.*, 2008, V, 515 ss.

D'AURIA M., *Il consenso informato ad un bivio: tra lesione del diritto alla salute ed autodeterminazione*, in *Corr. merito*, 2005, 7, 787 ss.

DE CAPRIO L., PRODROMO R., RICCI P., DI PALMA A., BOVE A., *Consenso informato e decadimento cognitivo*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1998, 4-5, 901ss.

DE GIORGI M.V., *Danno I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988.

DE CUPIS A., *Danno alla persona*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988,.

DE CUPIS A., *Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 482 ss.

DE CUPIS A., *Il diritto alla salute tra Cassazione e Corte Costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1980, I, 534 ss.

DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979.

DE CUPIS A., *Sulla pretesa incostituzionalità della limitazione del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Giur. merito*, 1974, 374 ss.

DE CUPIS A., *Dei fatti illeciti: art. 2043-2059*, Bologna, 1971.

DE CUPIS A., *Problemi e tendenze nella responsabilità civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, 95 ss.

DE CUPIS A., *Danno*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 615 ss.

DE CUPIS A., *Il valore economico della persona umana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1252 ss.

DEGNI F., *Riflessi civilistici del nuovo codice penale*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 1 ss.

DE MAURO- FORTINGUERRA F., *La responsabilità precontrattuale*, Padova, 2002.

DEL MEDICO G., *Tre sentenze in cerca di una soluzione (sul problema del danno alla persona)*, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, 20 ss.

DE MATTEIS R., *I danni alla persona dopo le S.U. del 2008*, in *Resp. civ.*, 2009, 7, 651 ss.

DE MATTEIS R., *La responsabilità sanitaria tra tendenze giurisprudenziali e prospettive de iure condendo*, in *Contr. impr.*, 2009, 3, 541 ss.

DE MATTEIS R., *La responsabilità medica ad una svolta*, in *Danno e resp.*, 2005, 34 ss.

DE MATTEIS R., *Consenso informato e responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 1996, 2, 214 ss.

DE MATTEIS R., *La responsabilità medica tra prospettive comunitarie e nuove tendenze giurisprudenziali*, in *Contr. impr.*, 1995, 2, 489 ss.

DE MATTEIS R., *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995.

DEMORI A., MACRÌ L., *Danno esistenziale e "wrongful life"*, in *Riv. It. Medicina Legale* 2002, 1, 209 ss.

DE NOVA G., *Il contratto ha forza di legge*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio*, II, Milano, 1994.

DE NOVA G., *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 704 ss.

DE ROSA R., *Responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario: una nuova tipologia di obbligazioni?*, in *Giur. merito*, 1999, 3, 1148 ss.

DE SANTIS DI NICOLA F., *Fra Roma e Strasburgo, alla ricerca dell'«equa riparazione» per il danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo*, in *www.judicium.it*.

DIAS PERREIRA A., *La responsabilità medica in Portogallo*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 11, 2460 ss.

DI BONA DE SARZANA L., *Altre figure di danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2007, 5, 513 ss.

DI BONA DE SARZANA L., *Un inadempimento e una “minaccia”: due esempi di danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2004, I, 85 ss.

DI CIOMMO F., *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.*, 1999, 3333 ss.

DI MAJO A., *La responsabilità da violazione del consenso informato*, in *Corr. giur.*, 2010, 9, 1204 ss.

DI MAJO A., *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale l'esito?*, in *Corr. giur.*, 2009, 3, 410 ss.

DI MAJO A., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 4, 289 ss.

DI MAJO A., *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 1, 2 ss.

DI MAJO A., *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, in *Corr. giur.*, 2007, 12, 1710 ss.

DI MAJO A., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 2, 341 ss.

DI MAJO A., *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*, in *Corr. giur.*, 2005, 1, 38 ss.

DI MAJO A., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 4, 446 ss.

DI MAJO A., *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 297 ss.

DI MARZIO M., *“Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 117 ss.

DI MARZIO M., *Il danno esistenziale?, ormai sdoganato*, in *Dir. giust.*, 2006, 28, 14 ss.

DI MARZIO M., *Gli scontri di piazza durante il G8 di Genova e la lesione dei diritti fondamentali dei dimostranti*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 5, 1082 ss.

DI MARZIO M., *Danno esistenziale, ancora contrasti nonostante il conforto costituzionale*, in *Dir. giust.*, 2005, 46, 16 ss.

DI MARZIO M., *Risarcimenti, a ciascuno la sua tabella. Addio caccia al giudice di manica larga*, in *Dir. giust.*, 2005, 43, 43 ss.

DI MARZIO M., *Ecco il decalogo del danno esistenziale. Il vademecum è firmato Sezioni Unite*, in *Dir. giust.*, 2006, 23, 49 ss.

DI MARZIO M., *Il danno da pericolo diventa esistenziale. Ma nel mosaico mancano molti tasselli. Quanti gusci vuoti nell'area dei pregiudizi non patrimoniali*, in *Dir. giust.*, 2005, 27, 32 ss.

DI MARZIO M., *Il danno esistenziale e le sentenze gemelle*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 629 ss.

DOGLIOTTI M., FIGONE A., *L'ingiustizia del danno: la prospettiva storica*, in *La responsabilità civile*, a cura di P. Cendon, VIII, Torino, 1998, 23 ss.

DOGLIOTTI M., *Danno non patrimoniale e diritto alla salute*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, 783 ss.

DONADONI P., *Danno esistenziale temporaneo: qualche punto interrogativo su alcune recenti decisioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 6, 1477 ss.

DONATI A., *Consenso informato e responsabilità da prestazione medica*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, I, 1 ss.

DONISI C., *Verso la "depatrimonializzazione" del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 644 ss.

DONNINI A. - GARGIONI C., *Morte allo stadio: il risarcimento del danno non patrimoniale da lesione del rapporto parentale*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 4, 828 ss.

DOSI L.K., *«La responsabilità della struttura sanitaria: una conferma della "oggettivazione" della relazione di assistenza a vantaggio della tutela della persona»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 550 ss.

FABRIZIO-SALVATORE A., *Segnalazione illegittima alla Centrale rischi e danno risarcibile*, in *Danno e resp.*, 2008, 8-9-, 881 ss.

FACCI G., *Il danno non patrimoniale dopo le sentenze del 11.11.2008*, in *Resp. civ.*, 2009, 1, 52 ss.

FACCI G., *Brevi osservazioni in tema di funzione riparatoria della responsabilità civile e violazione del sanitario del dovere di informazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2, 408 ss.

FACCI G., *Verso un decalogo delle Sezioni Unite sul danno esistenziale?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, n.7-8, 1559 ss.

FACCI G., *Operazioni finanziarie non adeguate e doveri di informazione dell'intermediario*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 6, 1352 ss.

FACCI G., *Violazione del dovere d'informazione da parte del sanitario e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1 ss.

FACCI G., *Il dovere di informazione del sanitario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, 617 ss.

FACCI G., *Il definitivo riconoscimento del danno esistenziale*, in *Dir. e Formazione*, 2002, 501 ss.

FALZEA A., *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 679 ss.

FALZEA A., *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 1 ss.

FAILLACE S., *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004.

FANTETTI F. R., *Diritto di autodeterminazione e danno esistenziale alla luce della recente pronuncia delle sezioni unite della cassazione*, in *Resp. civ.*, 2009, 1, 75 ss.

FANTETTI F. R., *Responsabilità medica, contatto sociale, e danno non patrimoniale da contratto*, in *Resp. civ.*, 2009 n. 8-9, 695 ss.

FAROLFI F., *Pretesa del professionista fatta valere con lite temeraria e danno esistenziale del cliente*, in *Giur. merito*, 2005, 9, 1781 ss.

FEDELE A., *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Milano, 1954.

FELLETTI L., *Illegittima esclusione dal concorso, danno da “perdita di chance” e danno da mancata promozione*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, n. 7-8, 1497 ss.

FEOLA M., PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Il nuovo danno non patrimoniale*, in *Danno e Resp.*, 2007, 8-9, 841 ss.

FEOLA M., PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Il danno ingiusto non patrimoniale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 3, 435 ss.

FERRANDO G., *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999.

FERRANDO G., *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico: principi, problemi e linee di tendenza*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, 1998, 199 ss.

FERRANDO G., «Chirurgia estetica», “consenso informato” del paziente e responsabilità del medico», in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 937 ss.

FERRI G.B., *Le temps retrouvé dell’art. 2059 c.c.*, in *Giur. cost.*, 2003, 4, 1990 ss.

FERRI G.B., *Il danno alla salute e l’economia del dolore*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I₂, 795 ss.

FERRI G.B., *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Le pene private*, a cura di Busnelli e Scalfi, Milano, 1985.

FIGONE A., *In tema di risarcimento del danno ex art. 709 ter c.p.c.*, in *Danno e resp.*, 2008, 7, 799 ss.

FILANTI G., *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983.

FIORI A., CASCINI F., AUSANIA F., *La Cassazione civile accentua le differenze tra responsabilità medica penale e prospetta la risarcibilità autonoma della perdita di chance da colpevole inadempimento professionale*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2004, 3-4.

FIORI A., LA MONACA G., *L’informazione al paziente ai fini del consenso: senza più limiti*, in *Rivista It. Med. Leg.*, 2000, 1302 ss.

FOFFA R., «Lo stress dei tifosi da poltrona:danno esistenziale (ma ancora non si sa se rientri nei “principi informativi” della R.C.)», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1400 ss.

FOFFA R., *Il danno non patrimoniale per l’uccisione di un animale d’affezione*, in *Danno e resp.*, 2008, I, 36 ss.

FOFFA R., *Il danno non patrimoniale del soggetto in stato comatoso*, in *Danno e resp.*, 2008, 3, 313 ss.

FORTE F., *Il dissenso preventivo alle trasfusioni e l'autodeterminazione del paziente nel trattamento sanitario: ancora la Cassazione precede il Legislatore nel riconoscimento di atti che possono incidere sulla vita*, in *Corr. giur.*, 2008, 12, 1674 ss.

FORTINO M., *La prevedibile resurrezione del danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 5, 1037 ss.

FORTUNATO G., *Duplicazioni, automatismi e semplificazioni nella nuova sistematica del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 7, 797 ss.

FORZIATI M., *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 3, 661 ss.

FOTI G., *Regole giuridiche e mercati concorrenziali del consumo. Sguardi civilistici su una relazione controversa*, in *Autonomia privata e contratto tra persona e mercato*, Torino, 2007, 5 ss.

FRACCHIA F., *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento dell'amministrazione: la cassazione effettua un'ulteriore (ultima ?) puntualizzazione in Giust. civ. mass.*, 2003, 43 ss.

FRANCINI L. G., «*Danno extracontrattuale da mancato consenso informato*» ed *identificazione del sanitario responsabile*», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 250 ss.

FRANZONI M., *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009, 1, 5 ss.

FRANZONI M., *Cosa è successo al 2059 c.c.*, in *Resp. civ.*, 2009, 1, 20 ss.

FRANZONI M., *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 2009, 1 ss.

FRANZONI M., *Il danno morale e il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Resp. civ.*, 2009, 7, 581 ss.

FRANZONI M., *Testamento biologico, autodeterminazione e responsabilità*, in *Resp. civ.*, 2008, 7, 581 ss.

FRANZONI M., *Prove di assetto per il danno non patrimoniale: alcune suggestioni*, in *Danno e resp.*, 2008, 5, 626 ss.

FRANZONI M., *L'impatto del diritto comunitario sul diritto privato*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 11, 884 ss.

FRANZONI M., *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *Resp. civ.*, 2006, 295 ss.

FRANZONI M., *La responsabilità del medico tra diagnosi, terapia e dovere d'informazione*, in *Resp. civ.*, 2005, 7, 584 ss.

FRANZONI M., *Il nuovo corso del danno non patrimoniale*, in *Il Diritto Privato nella Società Moderna, Seminario in onore di Stefano Rodotà*, a cura di Guido Alpa e Vincenzo Roppo, Napoli, 2005.

FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, in *Trattato della resp. civ.*, Milano 2004.

FRANZONI M., *Il danno non patrimoniale e il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, in *Corr. giur.*, 2003, 3, 1028 ss.

FRATA L., *Un convegno sul danno esistenziale: le diverse opinioni*, in *Danno e resp.*, 2007, 8-9, 943 ss.

FUSARO A., «*Il consenso all'anestesia non si presume*», in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 577 ss.

GABBA C. F., *Ancora sul risarcimento dei così detti danni morali*, in *Giur. it.*, 1912, 837 ss.

GABBA C. F., *Risarcibilità dei danni morali*, in *Questioni di diritto civile*, II, Torino, 1911.

GABBA C. F., *Diritto ereditario e diritto delle obbligazioni*, in *Questioni di diritto civile*, 1898, II, 15 ss.

GABBA C. F., nota a Cass. Di Palermo 23/2/1895, in *Foro it.*, 1896, XXI, 685 ss.

GABRIELLI E. (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 2006.

GAFFURI V., *Responsabilità del Fisco e danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2008, II, 194 ss.

GALGANO F., *Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo*, in *Contr. impr.*, 2009, 4-5, 883 ss.

GALGANO F. *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle sezioni unite della Corte di Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, 1 ss.

GALGANO F., *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. impr.*, 2008, 1, 73 ss.

GALGANO F., *Squilibrio precontrattuale e malafede del contraente*, in *Contr. impr.*, 1997, 3, 417 ss.

GALGANO F., *La commedia della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 191 ss.

GALGANO F., *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. impr.*, 1985, 1 ss.

GALGANO F., *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 710 ss.

GALLO P., *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 5, 641 ss.

GALLO P., *La responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 2, 295 ss.

GALLO P., *La responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 3, 487 ss.

GAMBARO A., *La sentenza n. 500 ed il diritto civile della stato*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 355 ss.

GANDOLFI G., *Il diritto privato europeo. Agli inizi del terzo millennio. Prospettive e problemi*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 2, 221 ss.

GASPARINI M - AMATO G. - DI MARTINO A., *Consenso informato: i limiti all'attività sanitaria*, in *Responsabilità e Risarcimento* 2009, 2.

GAZZARA M., *Danno non patrimoniale da inadempimento: le SS. UU. e le prime applicazioni nella giurisprudenza di merito*, in *Danno e resp.*, 2009, 3, 279 ss.

GAZZARA M., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Quaderni della Rass. dir. civ.*, Napoli, 2003.

GAZZONI F., *Dall'economia del dolore all'economia della felicità*, in www.judicium.it.

GAZZONI F., *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, in www.judicium.it

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006.

GAUDINO L., *La responsabilità civile endofamiliare*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 6, 1238 ss.

GENNARI G., *Il consenso informato come espressione di libertà*, in *Resp. civ. prev.* 2007, 10, 2133.ss.

GENNARI G., *Consenso informato: ritorno all'anno zero*, in *Resp. civ. prev.* 2006, 9, 1411 ss.

GENNARI G., *Consenso (dis)informato: quale il danno da risarcire?*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 3, 760 ss.

GENOVESI G., *Limiti alla "nullità virtuale" e contratti su strumenti finanziari*, in *Corr. Giur.*, 2006, 5, 669 ss.

GENTILE G., *Danno alla persona*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 634 ss.

GENTILE G., *Problemi insoluti nella valutazione del danno alla persona*, in *Resp. civ. prev.*, 1951, 289 ss.

GENTILI A., *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, 4, 393 ss.

GERIN C., *La valutazione medico-legale del danno alla persona in responsabilità civile*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1953, 371 ss.

GIACALEONE G., nota a Cassazione, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Giust. civ.*, 1999, I2, 1007 ss.

GIACOBBE E., *Brevi osservazioni sul danno da «nascita indesiderata», ovvero un bambino malformato non ha diritto di nascere*, in *Giust. civ.*, 2005, 9, 2129 ss.

GIANNINI G., *L'uomo, la morte e la famiglia*, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 982 ss.

GIARDINA F., SANTILLI M., nota a Corte cost. n. 87/1979, in *Foro it.*, 1979, I2, 2543 ss.

GIUSIANA E., *Il concetto di danno giuridico*, Milano, 1944.

GIORGIANNI M., *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 70 ss.

GIORGIANNI M., *Obbligazione (Diritto privato)*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1965.

GIUSTI G., *La permanente importanza della figura del danno esistenziale*, in *Giur. merito*, 2006, 11, 2354 ss.

GLIATTA G., *La responsabilità degli operatori turistici nell'ambito del c.d. danno da vacanza rovinata*, in *Resp. civ.*, 2008, 4, 358 ss.

GLIATTA G., *Il danno esistenziale: origini, funzione, voci contrarie e recenti riconferme*, in *Resp. civ.*, 2007, 5, 461 ss.

GNANI A., *La prevedibilità del danno nella sistematica della responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2009, 4, 356 ss.

GORASSINI A., *Inadempimento e tipologia di danni*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 3647 ss.

GORGONI A., *Il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione nella responsabilità medica*, in *Persona e mercato* 2010, 4, 294 ss.

GORGONI M., *Il medico non ha il diritto, ma solo la potestà di curare*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 7-8, 1535 ss.

GORGONI M., nota a sentenza, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1, 62 ss.

GORGONI M., *La nascita va accettata senza "beneficio d'inventario"?*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 6, 1349 ss.

GORGONI M., *La "stagione" del consenso e dell'informazione: strumenti di realizzazione del diritto alla salute e di quello all'autodeterminazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 2, 488 ss.

GRASSI U., *I danni non patrimoniali e il "doppio" art. 2043 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 4, 943 ss.

GRASSI G., *Caso Rai-Santoro: è l'indice d'ascolto a sancire l'equivalenza delle mansioni*, in *Dir. giust.*, 2005, 15, 30 ss.

GRECO P., *Se un'associazione calcistica ha diritto a risarcimento del danno aquiliano per la perdita della sua squadra avvenuta durante un trasporto aereo*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 422 ss.

GRECO G. G., *Vademecum dell'illecito ambientale: la sentenza Fiale*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 11, 2081 ss.

GRECO A., *Legge 67/2006: tutela inibitoria e risarcitoria per i soggetti disabili vittime di discriminazioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1, 243 ss.

GRECO F., *Intermediazione finanziaria violazione di regole comportamentali e tutela secondo le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 3, 556 ss.

GRECO F., *Verso la contrattualizzazione dell'informazione precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 4, 1140 ss.

GRECO F., *Il limite prescrizione nel risarcimento del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 9, 1793 ss.

GRECO F., *Quando il calcio vale una vita*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 11, 2254 ss.

GRISI G., *Il danno (di tipo esistenziale) e la nomofilachia «creativa» delle sezioni unite*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 3, 379 ss.

GRISI G., *L'obbligo precontrattuale d'informazione*, Napoli, 1990.

GUERINONI E., *"Contatto sociale" e responsabilità contrattuale della A.S.L.*, in *Contratti*, 2005, 11, 987 ss.

GUERINONI E., *Contatto sociale e nesso causale nella responsabilità del medico dipendente*, in *Contratti*, 2003, 1, 28 ss.

GUERINONI E., *Obbligazione da "contatto sociale" e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo*, in *Contratti*, 1999, 11, 1007 ss.

GUERRA G., *Il dissenso alla trasfusione di sangue per motivi religiosi*, in *Danno e resp.*, 2008, I, 27 ss.

GUERRA G., *Obbligazione da «contatto sociale» nell'attività del chirurgo subordinato: una prima smentita*, in *Danno e resp.*, 2006, 3, 293 ss.

GUERRA G., *Consenso informato: tutela del diritto alla salute o della libertà di scelta?*, in *Danno e resp.*, 2005, 8-9, 872 ss.

GUSSONI G., nota a Trib. Busto Arsizio 31-1-2005, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 6, 1436 ss.

GUSSONI G., *Il danno biologico da morte che non c'è e quello che, se c'è, va provato: riflessioni sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 372/1994*, in *Ass.*, 1985, II, 49 ss.

HAZAN M., *Vittime secondarie e danno esistenziale: l'insostenibile leggerezza dell'essere*, in *Danno e resp.*, 2008, 8-9, 917 ss.

IAMICELI P., *Responsabilità del medico dipendente: interessi protetti e liquidazione del danno*, in *Corr. giur.*, 2000, 3, 376 ss.

IANNONE R. F., *Quando la nascita non è un lieto evento anche il padre va risarcito*, in *Diritto giust.*, 2010, 60 ss.

IEZZI M.C., *“Paziente disinformato”*: tanto basta per il risarcimento, in *www.nel diritto*.

INGRAVALLO F., *Danno esistenziale e qualità della vita*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 9, 1568 ss.

INTRONA F., *Consenso informato e rifiuto ragionato*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1998, IV, 821 ss.

JANNARELLI A., *Il «sistema» della responsabilità civile proposto dalla Corte Costituzionale ed i «problemi» che ne derivano*, in *Giur. it.*, 1975, I, 407 ss.

JOSSERAND L., *De la responsabilité du fait de choses inanimées*, Paris, 1897.

LAMBO L., *Responsabilità civile e obblighi di protezione*, in *Danno e resp.*, 2008, II, 129 ss.

LANDINI S., *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SS.UU. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*, in *Danno e resp.*, 2009, 1, 45 ss.

LANOTTE A., *L'obbligo d'informazione: adempimento di un dovere burocratico*, in *Danno e resp.*, 2006, 5, 537 ss.

LANOTTE A., *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione*, in *Foro it*, I, 1999, 3338 ss.

LANZANI C., *Sofferenza da trascrizione pregiudizievole: il notaio risarcisce i danni non patrimoniali*, in *Danno e resp.*, 2006, 6, 655 ss.

LAPERTOSA F., *La liquidazione del danno alla persona*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1, 11 ss..

LENER A., nota a Cass. Sez. Un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979, I2, 2302 ss.

LIBERATI A., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Padova, 2004.

LIGUORI M., *Il danno morale del terzo millennio: storia, evoluzione e prospettive*, in *Resp. civ.*, 2009, 6, 548 ss.

LIGUORI M., *Il macroleso: la valutazione del grado di compromissione delle attività quotidiane e la quantificazione delle spese di assistenza*, in *Resp. civ.*, 2008, 12, 1025 ss.

LIPARI N. - RESCIGNO P. (diretto da), *Diritto civile*, Milano, 2009.

LOCATELLI L., *La responsabilità medica in Italia: tracciato di un'evoluzione*, in *Resp. civ.*, 2007, 11, 924 ss.

LOMONACO G., *Istituzioni di diritto civile italiano*, Napoli, 1884.

LORENZATO F., *Verso l'entropia della responsabilità medica?*, in *Danno e resp.*, 2006, 1, 69 ss.

LUCCHESI F., *Foro del consumatore: riconosciuta l'applicazione anche al c.d. contratto di ospedalità*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 5, 397 ss.

LUCCHINI GUASTALLA E., *Obblighi informativi dell'intermediario finanziario e responsabilità nei confronti dell'investitore*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, n. 7-8, 1679 ss.

LUMINOSO A., *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 1988, 3, 792 ss.

MACARIO F. - SCOGNAMIGLIO C., *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contratti*, 2010, 7, 701 ss.

MAFFEIS D., *Responsabilità medica e restituzione del compenso: precisazioni in tema di restituzioni contrattuali*, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 4-5, 1121 ss.

MAFFEIS D., *Dopo le Sezioni unite: l'intermediario che non si astiene restituisce al cliente il denaro investito*, in *Contratti*, 2008, 6, 557 ss.

MAFFEIS D., *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contratti*, 2008, 4, 403 ss.

MAGLIONA B., *Libertà di autodeterminazione e consenso informato all'atto medico: un'importante sentenza del Tribunale di Milano*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 6, 1633 ss.

MAGLIONA B., *Il consenso informato: da enunciazione di principio a criterio che legittima l'attività medico-chirurgica*, in *Diritto penale e processo*, 1996, 6, 775 ss.

MAGRA S., *La responsabilità professionale medica*, in *Resp. civ.*, 2008, 10, 842 ss.

MAIETTA A., *La resurrezione del danno esistenziale dopo le sezioni unite*, in *Corr. merito*, 2009, 3, 264 ss.

MAIORCA C., *Colpa civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 534 ss.

MALZANI F., *Tutela della persona e flessibilità: un binomio conciliabile?*, in *Danno e resp.*, 2008, 3, 284 ss.

MALZANI F., *La natura e la prova del danno da perdita di chance*, in *Danno e resp.*, 2008, 7, 777 ss.

MALZANI F., *Il danno da demansionamento professionale e le Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2006, 8-9, 858 ss.

MANCA G., *La riparabilità delle conseguenze individuali dell'ingiusta detenzione tra dato letterale, uguaglianza e ragionevolezza*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 7-8, 1578 ss.

MANINETTI P., *Danno in re ipsa: il danno evento è sempre in agguato*, in *Danno e resp.*, 2008, 2, 151 ss.

MANTOVANI F., *Il consenso informato: pratiche consensuali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2000, 9 ss.

MANTOVANI M., *“Vizi incompleti” del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995.

MARIANI M., *Lavoro prestato oltre il sesto giorno consecutivo e trattamento retributivo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, 4, 833 ss.

MARICONDA V., *L’insegnamento delle sezioni unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008, 2, 230 ss.

MARICONDA V., *Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corr. giur.*, 2001, 1565 ss.

MARINI G., *Gli anni settanta della responsabilità civile. Uno studio sulla relazione pubblico/privato (parte I)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 1, 23 ss.

MARINI G., *Gli anni settanta della responsabilità civile. Uno studio sulla relazione pubblico/privato (parte II)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 2, 229 ss.

MARTIELLO G., *Atto chirurgico “arbitrario” con esito fausto tra con sensualità, beneficialità e tipicità*, in *Il sole 24 ore ventiquattrore Avvocato* 2009, 5102 ss.

MARTINI F., *Danno non patrimoniale, le prime decisioni di merito*, in *Responsabilità e Risarcimento* 2009, 1, 2 ss.

MASCIA A., *Le relazioni affettive e il danno non patrimoniale da perdita del rapporto familiare*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2, 422 ss.

MASCIA A., *Le mancate informazioni del medico ginecologo e il danno esistenziale da wrongful birth*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 12, 2603 ss.

MASCIA A., *La condotta medica non diligente, la morte del feto e i danni non patrimoniali da lesione del rapporto parentale*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 5, 1171 ss.

MASCIA A., *Comportamento vessatorio datoriale, lesione della quotidianità del lavoratore e danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 10, 2176 ss.

MASCIA A., *Comportamento vessatorio datoriale, lesione della quotidianità del lavoratore e danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 10, 2176 ss.

MASCIA A., *Lo spamming telefonico e i pregiudizi alla vita privata dell’utente*, in *Resp. civ. e prev.* 2006, 7-8, 1553 ss.

MASCIA A., *Lesione del rapporto parentale: il danno non patrimoniale per la perdita dei nonni*, in *Resp. civ. prev.* 2006, 5, 1033 ss.

MASONI R., *Amministrazione della giustizia e responsabilità civile: il danno esistenziale da processo*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 12, 2662 ss.

MASONI R., *Ritardata pronuncia di divorzio congiunto, legge Pinto e danno esistenziale*, in *Giust. civ.*, 2006, 10, 2061 ss.

MASTROPAOLO F., *Tutela della salute, risarcimento del «danno biologico» e difesa dalle immissioni*, in *Giur. it.*, 1984, 537 ss.

MATTEI U., *I rimedi*, in *Trattato dir. civ. Sacco*, Torino, 1993.

MAZZAMUTO S., *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. impr.*, 2009, 3, 589 ss.

- MAZZAMUTO S., *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 3, 587 ss.
- MAZZASETTE F., *La responsabilità civile del medico tra pronunce giurisprudenziali ed interventi legislativi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 1, 85 ss.
- MAZZUCHELLI A., *Esistenze sempre più “sottovalutate” in cerca di principi inequivocabili*, in *Responsabilità e risarcimento*, 2008, 4, 18 ss.
- MENGGONI L., *L’argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 1 ss.
- MENGGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987.
- MENGGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 370 ss.
- MENGGONI L., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 185 ss.
- MENGGONI L., *L’oggetto dell’obbligazione*, in *Jus*, 1952, 1, 156 ss.
- MEOLI C., *Risoluzione per inadempimento e onere della prova*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 349 ss.
- MESSINETTI D., *I nuovi danni. Modernità, complessità della prassi e pluralismo della nozione giuridica di danno*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, 2008, 1129 ss.
- MESSINETTI D., *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia “tradito”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 4, 555 ss.
- MESSINETTI D., *Sapere complesso e tecniche giuridiche remediali*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 3, 605 ss.
- MICARI G., *I giudici di Palazzo Spada tra danno esistenziale e (in)degradabilità dei diritti fondamentali*, in *Danno e resp.*, 2006, 3, 319 ss.
- MINOZZI A., *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*, Milano, 1901.
- MIOTTO G., *La funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali nel sistema della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1, 188 ss.
- MIRIELLO C., *Questioni attuali in punto di responsabilità medico-sanitaria (parte prima)*, in *Resp. civ.*, 2010, 7, 531 ss.
- MIRIELLO C., *Nuove e vecchie certezze sulla responsabilità medica*, in *Resp. civ.*, 2009, 3, 221 ss.
- MIRIELLO C., *La responsabilità precontrattuale in ipotesi di contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole*, in *Resp. civ.*, 2006, 648 ss.
- MONATERI P.G., *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1, 56 ss.
- MONATERI P.G., *Sezioni Unite: le nuove regole in tema di danno esistenziale e il futuro della responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2006, 6, 791 ss.
- MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv.* Sacco, Torino, 2006.

MONATERI P.G., *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c. una nozione salda, o un'occasione di revisione codicistica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 523 ss.

MONATERI P. G., *Colpa, dolo, e danno ingiusto*, in *Danno e resp.*, 2006, 12, 119 ss.

MONATERI P.G., *Le funzioni del risarcimento*, in *Il diritto civile nella giurisprudenza, I danni risarcibili*, I, a cura di P. Cendon, Torino, 2005.

MONATERI P.G., *Danno «evento» e danno «conseguenza»*, in *I danni risarcibili*, a cura di P. Cendon, Milano, 2005, 193 ss.

MONATERI P.G., *Illecito e responsabilità civile*, Torino, 2002.

MONATERI P.G., *Il brontosauo alla resa dei conti? «I will survive»*, in *Danno e resp.*, 2002, 8-9, 862 ss.

MONATERI P.G., *Il danno alla persona*, Torino, 2000.

MONATERI P. G., *Il danno esistenziale arriva in Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2000, 8-9, 836 ss.

MONATERI P.G., *Alle soglie di una nuova categoria risarcitoria: il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 1999, 1, 5 ss.

MONATERI P.G., *La Costituzione e il diritto privato: il caso dell'art. 32 Cost. e del danno biologico («Staatsrecht verghe, Privatrecht besteht»)*, in *Giur. it.*, 1986 ,I₂, 2976 ss.

MONATERI P. G., *Danno alla persona*, in *Dig. disc. priv.*, V, Torino, 1989, 74 ss.

MONATERI, BELLERO, *Il quantum nel danno alla persona*, Milano, 1989.

MONATERI P.G., BONA M., *Il nuovo danno non patrimoniale*, Milano, 2004.

MONETTI V., PELLEGRINO G., *Proposte per un nuovo metodo di liquidazione del danno alla persona*, in *Foro it.*, 1974, V, 159 ss.

MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente: consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008.

MONTEL A., *Problemi della responsabilità e del danno*, Torino, 1952.

MONTEMAGGI S., *Giudici di Pace, danno morale e orientamenti di Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2007, 4, 374 ss.

MORELLO L., *Il danno esistenziale entra in banca*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 10, 2154 ss.

MORTATI C., *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1961, 1 ss.

MOSCA F., *Immissioni intollerabili: la prova del danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2, 395 ss.

MOTTOLA M.R., *Mobbing, l'ultima frontiera di tutela*, in *Dir. giust.*, 2005, 10, 27 ss.

MOTTOLA M.R., *Niente automatismi sul danno terminale*, in *Dir. giust.*, 2005, 25, 20 ss.

NAPOLITANO I., *Risarcibilità dei danni da lucro cessante subiti da minore non lavoratore e di quelli non patrimoniali conseguenti alla perdita dell'anno scolastico: riflessioni e spunti critici*, in *Danno e resp.*, 2008, 1, 369 ss.

NAVARETTA S., *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1, 63 ss.

NAVARRETTA E., *Danni non patrimoniali: il compimento della Drittwirkung e il declino delle antinomie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 81 ss.

NAVARRETTA E., *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1, 63 ss.

NAVARRETTA E., *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 3, 500 ss.

NAVARRETTA E., *Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 12, 2419 ss.

NAVARRETTA E., *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004.

NAVARRETTA E., *Art. 2059 c.c. e valori costituzionali: dal limite del reato alla soglia della tolleranza*, in *Danno e resp.*, 2002, 8-9, 865 ss.

NAVARRETTA E., *Il danno alla persona fra solidarietà e tolleranza*, in *Resp. civ. prev.* 2001, 4-5, 789 ss.

NEGRO A., *Il danno esistenziale in caso di morte o grave lesione permanente del congiunto*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 6, 1392 ss.

NICOLUSSI A., *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 2008, 8-9, 871 ss.

NORELLI G. A., *La "perdita di chance" di guarigione come danno conseguente alla condotta medica omissiva*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2004, 3-4.

OPPO G., *Novità e interrogativi in tema di tutela degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 391 ss.

PACCES A. M., *Fondamenti economici della responsabilità (prima parte)*, in *Danno e resp.*, 2008, I, 101 ss.

PACCES A.M., *Fondamenti economici della responsabilità (seconda parte)*, in *Danno e resp.*, 2008, II, 225 ss.

PACE L., *Il danno esistenziale: battuta d'arresto?*, in *Giust. civ.*, 2007, 2, 380 ss.

PACCHIONI G., *L'art. 185 codice penale e il risarcimento dei danni morali arrecati con fatto illecito penale e civile*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, 345 ss.

PACCHIONI G., *Del risarcimento dei danni morali*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, 240 ss.

PALADINI M., *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 10, 2005 ss..

PALISI M., *Il danno morale soggettivo: il vaso di coccio nel nuovo danno non patrimoniale?*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 3, 781 ss.

PALMIERI A., CASORIA M., *Non c'è posto per il danno esistenziale nella concezione unitaria del danno non patrimoniale*, in *Il Giudice di pace*, 2009, 1, 17 ss.

PALMIERI A., *Disattivazione del servizio ADSL e danno esistenziale*, in *Il Giudice di pace*, 2009, 3, 248 ss.

PALMIERI D., *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Milano, 1999.

PALMIERI A., *Relazione medico-paziente tra consenso «globale» e responsabilità del professionista*, in *Foro it.*, 1997, I, 772 ss.

PALMIGIANI I., *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2, 280 ss.

PALMIGIANI I., *La prova del danno non patrimoniale alle persone giuridiche: una questione solo apparentemente risolta*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1, 157 ss.

PALUMBO A., *Il danno risarcibile*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 2, 579 ss.

PANZA G., *Autonomia contrattuale ed iniziativa economica*, in *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, a cura di N. Lipari, Roma-Bari, 1974.

PARADISO M., *“Danno esistenziale” e “danni non patrimoniali” tra ingiustizia del danno e abrogazione di fatto dell'art. 2059 c.c.*, in *Danno e resp.*, 2008, 8-9, 943 ss.

PARADISO M., *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 325 ss.

PARADISO M., *Natura dell'interesse leso e qualificazione del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, 4, 674 ss.

PAROLA G., *Il mobbing nella pubblica amministrazione, uno sguardo comparato*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 12, 2634 ss.

PAROLA G., *Danno all'immagine alla P.A.: riconfermata la giurisdizione della Corte Conti*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 7-8, 1568 ss.

PARDOLESI P., *Danni punitivi: frustrazione da “vorrei, ma non posso”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 2, 341 ss.

PARRINIELLO C., *Medical malpractice e regole di responsabilità civile. Tradizione e innovazione*, Milano, 2008.

PARTISANI R., *Il danno esistenziale del padre da nascita indesiderata*, in *Resp. civ.*, 2010, 8-9-, 582 ss.

PARTISANI R., *Il danno non patrimoniale da inadempimento della obbligazione, nella rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 1218 c.c.*, in *Resp. civ.*, 2009, 1, 68 ss.

PARTISANI R., *Il danno esistenziale al vaglio delle sezioni unite*, in *Resp. civ.*, 2008, 6, 502 ss.

PASQUINELLI E., *Il danno esistenziale subito dal lavoratore per l'illegittima privazione della fonte di sostentamento* in *Resp. civ. prev.*, 2006, 12, 2458 ss.

PASQUINELLI E., *Il consenso informato*, in *Persona e Danno*, a cura di Paolo Cendon, Milano, I, 2004.

PATTI S., *Le sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *Corr. giur.*, 2009, 3, 415 ss.

PATTI G. - PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1993.

PEDRAZZI G., *Il “nuovo” danno biologico allo specchio del “vecchi” danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2006, 10, 1005 ss.

PEDRAZZI G., *Il danno esistenziale: Trieste 13-14 novembre 1998*, in *Danno e resp.*, 1999, 3, 348 ss.

PELLECCHIA E., *Scelte contrattuali e informazioni personali*, Torino. 2005.

PERFETTI M., *Prospettive di una interpretazione dell'art. 2059 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 1047 ss.

PERFETTI U., *La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 6, 669 ss.

PERLINGIERI P., *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Studi in onore di G. Cian*, tomo II, Padova, 2010, 1973 ss.

PERLINGIERI P., *Equità e ordinamento giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1149 ss.

PERLINGIERI P., *L'art. 2059 c.c. uno e bino: un'interpretazione che non convince*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 3, 775 ss.

PERLINGIERI P., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 84 ss.

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1992.

PERLINGIERI P., *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 326 ss.

PERLINGIERI P., *“Depatrimonializzazione” e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1 ss.

PERLINGIERI P., *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1020 ss.

PETRI M., *Il consenso informato all'atto medico*, in *Corr. merito*, 2005, 2, 150 ss.

PETTI G.B., *Il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale della persona*, Torino, 1999.

PIETROBON V., *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963.

PIETROSANTI G., *La dequalificazione lavorativa come forma di mobbing*, in *Il Civilista*, 2008, 2.

PILIA C., *La tutela contrattuale della personalità nel trattamento medico*, in *Resp. civ.*, 2008, 1, 6 ss.

PINNA A., *Autodeterminazione e consenso: da regola per i trattamenti sanitari a principi generali*, in *Contr. impr.*, 2006, 589 ss.

PIRRUCCIO P., *La capacità di provare il fatto conta più della sua catalogazione*, in *Guida dir.*, 2008, 12, 47 ss.

PIZZETTI F. G., *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da contatto sociale*, in *Giur. it.*, 2000, 740 ss.

POGLIANI M., *La «regola del calzolaio» per la corretta valutazione del danno alla persona*, in *Resp. civ. prev.*, 1975, 417 ss.

POLETTI D., *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1, 76 ss.

PONZANELLI G., *Dopo le decisioni delle sezioni unite: le «reali» divergenze tra esistenzialisti e antiesistenzialisti*, in *Studi in onore di G. Cian*, tomo II, Padova 2010, 2039 ss.

PONZANELLI G., *La prevista esclusione del danno esistenziale e il principio di integrale riparazione del danno: verso un nuovo sistema di riparazione del danno alla persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 90 ss.

PONZANELLI G., *Esclusione del risarcimento del danno non patrimoniale per la mancata costruzione della casa dei propri sogni*, in *Danno e resp.*, 2009, 4, 439 ss.

PONZANELLI G., *Conferme e incertezze della Cassazione dopo le Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2009, 7, 761 ss.

PONZANELLI G., *Sezioni Unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*, in *Foro it.*, 2009, 13 ss.

PONZANELLI G., *Il rischio di duplicazioni risarcitorie: non cumulo tra danno esistenziale e danno biologico*, in *Corr. merito*, 2008, 4, 435 ss.

PONZANELLI G., *La responsabilità civile e la perdita di scientificità: dai system builders al danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 11, 2188 ss.

PONZANELLI G., *Il danno non patrimoniale tra lettura costituzionale e tentazioni esistenziali: la parola alle sezioni unite*, in *Danno e resp.*, 2008, 5, 558 ss.

PONZANELLI G., *Immissioni e risparmio tradito: applicazioni divergenti della lettura costituzionale del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2008, I, 77 ss.

PONZANELLI G., *I giudici di pace, i principi informatori e la riparazione del danno non patrimoniale nel giudizio di equità*, in *Danno e resp.*, 2008, 12, 1258 ss.

PONZANELLI G., *La lettura costituzionale dell'art. 2059 c.c. esclude il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2007, 3, 316 ss.

PONZANELLI G., *Oltre la babele delle voci di danno non patrimoniale risarcibili*, in *Danno e resp.*, 2007, 6, 685 ss.

PONZANELLI G., *Il danno esistenziale e la Corte di Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2006, 8-9, 849 ss.

PONZANELLI G. (a cura di), *Il “nuovo” danno non patrimoniale*, Padova, 2004.

PONZANELLI G., *«Gli «esistenzialisti» dopo la svolta del 2003 e la sentenza della Cassazione penale sul caso Barillà*, in *Danno e resp.*, 2004, 10, 966 ss.

PONZANELLI G., *Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in *Danno e resp.*, 2004, 1, 5 ss.

PONZANELLI G., *Il “nuovo” danno non patrimoniale*, Padova, 2004.

PONZANELLI G., *La responsabilità medica ad un bivio: assicurazione obbligatoria, sistema residuale no fault o risk management?*, in *Danno e resp.*, 2003, 4, 428 ss.

PONZANELLI G., *Non c'è bisogno del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2003, 5, 550 ss.

PONZANELLI G., *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2003, 8-9, 829 ss.

PONZANELLI G., *La Corte Costituzionale si allinea con la Corte di Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2003, 10, 962 ss.

PONZANELLI G., *Art. 2059 c.c. tra esame di costituzionalità e valutazione di opportunità, in Danno e resp.*, 2002, 8-9, 875 ss.

PONZANELLI G., *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, 7, 693 ss.

PONZANELLI G., *Limiti del danno esistenziale: postfazione al convegno triestino*, in *Danno e resp.*, 1999, 3, 360 ss.

PONZANELLI G., *Verso un diritto europeo della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 3 ss.

PONZANELLI G., *La Corte Costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, in *Foro it.*, 1986, I, 134 ss.

PONZANELLI G., *Il cammino del danno alla salute*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, 342 ss.

PONZANELLI G., *La Corte di Cassazione e il danno alla salute*, in *Resp. civ. prev.*, 1981, 697 ss.

PONZANELLI G., *Danno non patrimoniale e danno alla salute: due sentenze della Corte Costituzionale*, in *Resp. civ. prev.*, 1979, 698 ss.

PONZANELLI G., *Fermenti giurisprudenziali toscani in tema di valutazione del danno alla persona*, in *Resp. civ. prev.*, 1979, 357 ss.

PORRECA P., *Dolo, nesso causale e polivalenza del danno alla persona*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2, 379 ss.

POTO M., nota a Tribunale Roma, 30 Agosto 2005 sez. II, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 5, 164 ss.

POZZI C., *Tipologia e quantificazione del danno da ritardo nel trasposto aereo*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1, 159 ss.

PRINCIGALLI A. M., *Decisione medica e rifiuto di cure*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 1, 85 ss.

PRINCIGALLI A. M., nota a Cassazione 8 agosto 1985, n. 4394, in *Foro it.*, 1986, I, 121 ss.

PRINCIGALLI A. M., *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983.

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "De Profundis" per il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2009, 1, 32 ss.

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 233/2003*, in *Danno e resp.*, 2003, 10, 964 ss.

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *L'art. 2059 c.c. va in paradiso*, in *Danno e resp.*, 2003, 8-9, 831 ss.

PUCCI L., *La responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c.: una responsabilità aquiliana in difesa dal processo*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 11, 2240 ss.

PUCCINELLI F., *Vessazioni sul lavoro: il mobbing nel nostro ordinamento*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1, 133 ss.

PUGLIATTI S., *Alterum non laedere*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 98 ss.

PULSONI M.C., *Danno esistenziale e responsabilità processuale aggravata*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 6, 1430 ss.

PULVIRENTI A., *Il danno all'integrità psicofisica (cosiddetto danno biologico) nella più recente sentenza della Corte Costituzionale*, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 392 ss.

PULVIRENTI A., *Considerazioni sulla natura del danno all'integrità psicofisica della persona umana dopo la sentenza 30 giugno 1986 n.184 della Corte Costituzionale*, in *Il Foro Pad.*, 1987, I, 23 ss.

QUARGNOLO M., *Trattamento sanitario obbligatorio illegittimo e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ.*, 2007, 3, 237 ss.

QUERCI A., *Vita indesiderata, ingiusta, non sana: profili di responsabilità civile*, in *Famiglia* 2005, 4-5, 943 ss.

RABITTI M., *Il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, I, 340 ss.

RAVAZZONI A., *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962.

RAZZOLINI O., *Tutela contrattuale e danno non patrimoniale nel rapporto di lavoro*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 6, 1430 ss.

REDENTI E., *Aspetti giuridici della tragedia di Superga*, in *Giur. it.*, 1951, 49 ss.

RESCIGNO P., *Il danno non patrimoniale (le «letture» dell'art. 2059 c.c. tra interpretazione e riforma)*, in *Dir. inf.*, 1985, 5 ss.

RESCIGNO P., *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990.

RESCIGNO P., *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 133 ss.

RESCIGNO P., *Studi sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 1 ss.

RESTA G., *Contratto e persona*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, VI, *Interferenze*, 1 ss.

RESTA G., *Persona, proprietà, mercato: alcune considerazioni sul dibattito tedesco*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 2, 373 ss.

RIARIO SFORZA M., *Obblighi di protezione e consenso informato nella responsabilità medica*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 12, 553 ss.

RICCIO A., *“Culpa in contrahendo e pactum de tractando: rimedio risarcitorio contro l'ingiustizia contrattuale”*, in *Contr. impr.*, 2006, 1477-1478.

RIPERT G., *Le régime démocratique e le droit civil moderne*, Paris, 1948.

ROCCA M. M., *Se la vita affettiva è compromessa dall'irragionevole durata del processo di divorzio: un danno squisitamente esistenziale*, in *Dir. fam.*, 2006, 4, 1542 ss.

ROCCA M.M., *Quando l'errore medico diventa imposizione coattiva di un futuro votato al sacrificio (danno esistenziale da lesione al diritto di autodeterminazione e responsabilità della)*, in *Giur. merito*, 2005, 9, 1800 ss.

ROCCHIO F., *Il dovere di informazione del medico tra responsabilità contrattuale e precontrattuale*, in *Giur. merito*, 2005, 5, 1038 ss.

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

RODOTÀ S., *Editoriale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 1, 3 ss.

RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

RODOTÀ S., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 595 ss.

RODRIGUEZ S., *Tangenti e danno all'immagine: un altro intervento del giudice contabile*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 5, 1163 ss.

RODRIGUEZ S., *La responsabilità amministrativa e gli errori operatori: il caso del personale medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2, 428 ss.

ROLFI F., *La causa come "funzione economico-sociale": tramonto di un idolum tribus*, in *Corr. giur.*, 2006, 12, 180 ss.

ROMAGNOLI G., *L'Amministrazione sanitaria come contraente e come assicurata*, in *Danno e resp.*, 2008, 8-9, 937 ss.

ROMANO M., *Considerazioni in tema di responsabilità contrattuale del medico per violazione del dovere di informazione*, in *Giur. it.*, 1987, I, 1135 ss.

ROMANO S., *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 677 ss.

ROPPO V., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Contr. impr.*, 2009, 2, 267 ss.

ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2005.

ROPPO V., *La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione (a proposito di cirio bond & tango bond)*, in *Danno e resp.*, 2005, 6, 604 ss.

ROPPO V., *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. impr.*, 2005, 3, 896 ss.

ROPPO V., *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano, e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 4, 747 ss.

ROPPO V., *La responsabilità civile dell'impresa nel settore dei servizi innovativi*, in *Contr. impr.*, 1993, 3, 891 ss.

ROPPO V. - AFFERNI G., *Dai contratti finanziari ai contratti in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, 1, 33 ss.

ROSSETTI M., *Post nubila phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza delle sezioni unite n. 26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale*, in *Giust. civ.*, 2009, 4-5, 930 ss.

ROSSETTI M., *Morte di un prossimo congiunto e criteri di liquidazione del danno*, in *Danno e resp.*, 2008, 9, 50 ss.

ROSSETTI M., *Risarcimento iure haereditario del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2008, 5, 571 ss.

ROSSETTI M., *Danno morale e danno esistenziale: «Stat Roma pristina nomine, nomina nuda tenemus»*, in *Giust. civ.*, 2008, 11, 2455 ss.

ROSSETTI F., *I danni derivanti da black-out di energia elettrica e la responsabilità dell'ente erogatore*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 11, 2379 ss.

ROSSETTI M., *Danno esistenziale, una questione lontana dall'essere risolta*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 9, 1730 ss.

ROSSETTI M., *La maledizione del danno esistenziale: inutile e pericoloso, fa ancora vittime*, in *Dir. giust.*, 2005, 13, 18 ss.

ROSSETTI M., *Danno esistenziale: fine di un incubo. Quella gramigna infestava i tribunali*, in *Dir. giust.*, 2005, 40, 43 ss.

ROSSETTI M., *Danno esistenziale: un concetto inutile*, in *Dir. giust.*, 2004, 46, 80 ss.

ROSSETTI M., *Allargati ancora i confini della responsabilità del medico*, in *Dir. giust.*, 2004, 14, 35 ss.

ROSSI R., *Una voce dissonante sul danno esistenziale*, in *Giust. civ.*, 2007, 2, 373 ss.

ROSSI R., *Nuove vittime del torto endo-familiare: un'apertura a metà*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 11, 2230 ss.

ROSSI R., *Profili di responsabilità civile del magistrato nella gestione delle controversie familiari*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 4, 883 ss.

ROTONDI G., *Dalla lex aquilia all'art. 1151 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, 942 ss.

ROVELLI L., *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2000.

SACCO R., *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, in *Foro pad.*, 1960, I, 1420 ss.

SALVATI A., *Danno esistenziale: istruzioni per l'uso. L'indennizzo? Dall'equità all'equazione*, in *Dir. giust.*, 2005, 38, 44 ss.

SALVI G., *La tutela civile dell'ambiente alla luce del testo unico ambientale*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 3, 656 ss.

SALVI C., *La responsabilità civile*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2005.

SALVI C., voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1186 ss.

SALVI C., *Il danno extracontrattuale: modelli e funzioni*, Napoli, 1985.

SALVI C., *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 123 ss.

SANGIOVANNI V., *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*, in *Contratti*, 2008, 3, 231 ss.

SANNA P., *I mille volti della responsabilità medica: la responsabilità della casa di cura privata*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 689 ss.

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Milano, 1966.

SANTOSUOSSO F., «*La nuova frontiera*» della tutela aquiliana del credito, in *Giust. civ.*, 1971, I, 201 ss.

SAPONE N., *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Cendon*, Milano 2008.

SAPONE N., *Doppio licenziamento e disattivazione dei poteri*, in *Giur. merito*, 2005, 1, 4 ss.

SAPONE N., *Danno meramente esistenziale o conseguenze dannose esistenziali?*, in *Giur. merito*, 2005, 11, 2317 ss.

SARICA, *Il contatto sociale fra le fonti della responsabilità civile: recenti equivoci della giurisprudenza di merito*, in *Contr. impr.*, 2005, 97 ss.

SAVATIER R., *Du droit civil au droit public*, Paris, 1950.

SCALFI G., *Reminiscenze dogmatiche per il c.d. danno alla salute: un ripensamento della Corte Costituzionale*, in *Resp. civ. prev.*, 1986, 533 ss.

SCALFI G., *Errare humanum est, perseverare diabolicum*, in *Resp. civ. prev.*, 1976, 466 ss.

SCALISI A., *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2007, 10, 965 ss.

SCALISI A., *Il danno esistenziale e la «svolta» della suprema Corte di Cassazione avallata «quasi in simultanea» dalla Corte Costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 58 ss.

SCALISI V., *Danno alla persona e ingiustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 2, 147 ss.

SCALISI V., *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 283 ss.

SCALISI V., *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 29 ss.

SCALISI V., *Dovere d'informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in *L'intermediazione mobiliare. Studi in memoria di A. Maisano*, Napoli, 1994.

SCANNICCHIO N., *Il perfezionamento del contratto*, in *Tratt. Lipari*, III, Padova, 2003.

SCARSO A., *Abuso di dipendenza di dipendenza economica, autonomia contrattuale e diritto antitrust*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 3, 512 ss.

SCHLESINGER P., *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 336 ss.

SCHREIBER A., *Nuove tendenze della responsabilità civile brasiliana*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 3, 586 ss.

SCODITTI E., *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, I, 1108 ss.

SCODITTI E., *Chirurgia estetica e responsabilità contrattuale*, in *Foro it.*, 1995, I, 2913 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Responsabilità precontrattuale e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 7-8, 1450 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2, 261 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *“Il danno risarcibile tra interesse negativo e interesse positivo”*, in www.personaedanno.it, 7 maggio 2009.

SCOGNAMIGLIO C., *Regole di validità e regole di comportamento nel nuovo diritto dei contratti: il caso dell'intermediazione finanziaria*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 599 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Protesto illegittimo e danno in re ipsa*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 3, 548 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 12, 2485 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele, prospettive di diritto europeo*, a cura di Salvatore Mazzamuto, Torino, 2002.

SCOGNAMIGLIO C., *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur.*, XVIII, Milano 1996.

SCOGNAMIGLIO R., *Il danno morale mezzo secolo dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 5, 609 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Danni alla persona e danno morale*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 3 ss..

SCOGNAMIGLIO R., *Scritti giuridici*, Padova, 1996.

SCOGNAMIGLIO R., *Appunti sulla nozione di danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 468 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità civile*, in *Nov. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 638 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Illecito*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 164 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 277 ss.

SEATZU F., *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato di Lisbona*, in *Com. Intern.*, 2009, 1, 43 ss.

SELLA M., *I danni non patrimoniali*, Milano, 2010.

SELLA M., *La quantificazione dei danni da malpractice medica*, Milano, 2009.

SFORZA M.R., *Obblighi di protezione e consenso informato nella responsabilità medica*, in *Giur. Merito*, 2008, 12, 3354 ss.

SGANGA C., *Le Sezioni Unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*, in *Danno e resp.*, 2009, 1, 50 ss.

SGANGA C., *La Cassazione e l'unitarietà del danno biologico*, in *Danno e resp.*, 2007, 3, 294 ss.

SELLA M., *Danno esistenziale: i delicati equilibri in tema di onere della prova*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 12, 2626 ss.

SIANO C., *Medical malpractice e tutela del nascituro*, in *Resp. civ.*, 2009, 10, 814 ss.

SIMEOLI D., *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*, in *Giust. civ.*, 2008, 7-8, 1727 ss.

SIMONE R., *Consenso informato e onere della prova*, in *Danno e resp.*, 2010, 7, 690 ss.

SIMONE R., *Il danno riflesso e il danno dei congiunti della vittima*, in *Danno e resp.*, 2008, 11, 1079 ss.

SOLLAI C., *In tema di responsabilità ex art. 96 c.p.c. dell'assicuratore e risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 11, 2413 ss.

SMORTO G., *Il danno da inadempimento*, Padova, 2005.

SPANGARO A., *Responsabilità medica e danno morale da contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 11, 2322 ss.

SPANGARO A., *Il danno non patrimoniale da contratto: l'ipotesi del danno da vacanza rovinata*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 3, 719 ss.

SPIRITO A., *Responsabilità professionale ed obbligo di informazione*, in *Danno e resp.*, 1996, 1, 23 ss.

STELLA L., “*L’equazione Liberati*” sul risarcimento del danno esistenziale, in *Giur. merito*, 2006, 3 582 ss.

STELLA G., *La responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso nel nuovo codice del consumo*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 10, 1589 ss.

TARDIA I., *Buona fede ed obblighi di informazione tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 3, 725 ss.

TERRUSI F., *Brevi note sulla definitiva affermazione del danno esistenziale*, in *Giust. civ.*, 2006, 7-8, 1450 ss.

TESCARO M., *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, in *Resp. civ.*, 2005, 8-9, 736 ss.

TESCIONE F., *Il danno non patrimoniale da contratto: le apparenti asimmetrie sistemiche*, in *Danno e resp.*, 2009, 4, 373 ss.

TESCIONE F., *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008.

THIENE A., *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 3, 343 ss.

TOMMASI S., *Consenso informato e disciplina dell’attività medica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 555 ss.

TOPPETTI F., *La responsabilità del sanitario per violazione dell’obbligo informativo oltrepassa «il confine tra contratto e torto»*, in *Giur. merito*, 2008, 1, 113 ss.

TOPPETTI F., *Si consolida il nuovo corso interpretativo dell’art. 2059 c.c.: il nuovo danno lato sensu non patrimoniale prende il posto del danno esistenziale*, in *Giur. merito*, 2006, 3, 598 ss.

TRAVAGLINO G., *Il danno esistenziale tra metafisica e diritto*, in *Danno e resp.*, 2008, 4, 524 ss.

TRICOLI G., *Il danno alla salute e l’art. 2059 c.c.*, in *Ass.*, 1986, II, 157 ss.

TRIMARCHI P., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010.

TRIMARCHI P., *Illecito*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 90 ss.

TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

TROIANO O., *L’irresistibile ascesa del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2003, 10, 970 ss.

TUOZZO M., *Demansionamento, onere della prova e danno esistenziale*, in *Resp. civ.*, 2006, 11, 883 ss.

TURCO C., *L’interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 2, 165 ss.

VACCÀ C., *La formazione del consenso al trattamento medico*, in *Contratti*, 1997, 4, 342 ss.

VANACORE G., *Danno esistenziale da stress et similia: prima, durante, dopo ed oltre Cass. 26972/2008*, in *Resp. civ.*, 2009, 4, 309 ss.

VENTURELLI A., *Danno irragionevole durata del processo: continua la deriva indennitaria del rimedio ex lege Pinto*, in *Danno e resp.*, 2008, 8-9, 865 ss.

VENTURELLI A., *Danno per irragionevole durata del processo*, in *Danno e resp.*, 2006, 11, 1061 ss.

VERNIZZI S., *Brevi considerazioni in materia di ritardo nel trasporto aereo di persone, contenuto della prova liberatoria a carico del vettore e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2, 404 ss.

VERNIZZI S., *Perdita del bagaglio consegnato: il vettore aereo risponde (limitatamente) del pregiudizio non patrimoniale conseguente al suo inadempimento contrattuale?*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 9, 1909 ss.

VERNIZZI S., *La cancellazione del volo: considerazioni generali ed indicazioni emergenti dalle recenti innovazioni legislative*, in *Resp. civ. prev.* 2006, 10, 1939 ss.

VETTORI G., *La responsabilità civile fra funzione compensativa e deterrente*, in <http://www.personaemercato.it/materiali/appendice-diritto-civile-aa-2010-2011>.

VETTORI G., *Il contratto del terzo millennio*, in *Persona e Mercato*, 2010, 3, 215 ss.

VETTORI G., *Dialogo fra le Corti e tecnica rimediabile*, in *Persona e Mercato*, 2010, 4, 280 ss.

VETTORI G., *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 2, 103 ss.

VETTORI G., *Il diritto dei contratti fra costituzione, codice civile e codici di settore*, in AA.VV., *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di Vettori, Padova, 2008, 271-309.

VETTORI G., *L'interpretazione di buona fede nel codice civile e nel Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 4 ss.

VETTORI G., *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 5, 393 ss.

VETTORI G., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 2, 104 ss.

VETTORI G., *Il danno non patrimoniale fra illecito e contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 2, 235 ss.

VETTORI G., *Contratto di investimenti e rimedi*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 785 ss.

VETTORI G., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 1, 53 ss.

VETTORI G. (a cura di), *Il danno risarcibile*, Padova, 2004.

VETTORI G., *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 2, 241 ss.

VETTORI G., *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983.

VIGANÒ, F., *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite*, in *Cass. Pen.*, 2009, 5, 1811 ss.

VIGOTTI A., *La responsabilità del professionista*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, 5 ss.

VILLANI L., *Perdita dell'animale d'affezione: danno esistenziale*, in *Resp. civ.*, 2008, 8-9, 709.

VINCIGUERRA G., *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, in *Danno e resp.*, 2008, 7, 788 ss.

VIOLA L., *Danno esistenziale e delitto di truffa*, in *Dir. giust.*, 2003, 38, 86 ss.

VIRGADAMO P., *Art. 2059 c.c. e responsabilità per inadempimento: l'“ingiustizia conformata” come criterio generale di risarcibilità del danno non patrimoniale e i limiti dell'autonomia privata*, in *Dir. fam.*, 2006, 4, 1586 ss.

VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996.

VISINTINI G., nota a Tribunale Milano 16/5/1988, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 152 ss.

VISINTINI G., *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984.

VISINTINI G., *La reticenza nelle trattative contrattuali*, Padova, 1972.

VISINTINI G., *In margine al caso Meroni*, in *Giur. it.*, 1971, 680 ss.

VITTORIA D., *Un “regolamento di confini” per il danno esistenziale*, in *Contr. impr.*, 2003, 1217 ss.

ZACCARIA A., *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, in *Resp. civ.*, 2009, 1, 28 ss.

ZAMBONIN F., *Danno esistenziale da vacanza rovinata*, in *Il Giudice di pace* 2009, 4, 328 ss.

ZANA M., *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993.

ZAMBRANO V., *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1993.

ZANUZZI A. C., *Danno esistenziale e responsabilità da inadempimento dell'obbligazione in un caso di malpractice medica*, in *Giur. merito*, 2001, 4-5, 1042 ss.

ZAPPIA P., *La liquidazione del danno esistenziale: il criterio equitativo puro e il suo possibile superamento*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 12, 2439 ss.

ZAPPIA P., *Mobbing, danno biologico e danno esistenziale: il problema della quantificazione e liquidazione*, in *Giur. merito*, 2005, 12, 2594 ss.

ZATTI P., *Il rapporto medico-paziente “integrità della persona”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 403 ss.

ZATTI P., *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 1 ss.

ZAULI F., *Il danno esistenziale subito dai parenti della vittima di un incidente stradale a causa della morte violenta del congiunto*, in *Resp. civ.*, 2009, 4, 326 ss.

ZENO ZENCOVICH V., *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 3, 297 ss.

ZENO ZENCOVICH V., *Il “consenso informato” e la “autodeterminazione informativa” nella prima decisione del garante*, in *Corr. giur.*, 1997, 8, 917 ss.

ZENO ZENCOVICH V., *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Dir. inf.*, 1993, 545 ss.

ZIVIZ P., *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1, 94 ss.

ZIVIZ P., *Danno esistenziale, solo il tuo nome è mio nemico*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1, 83 ss.

ZIVIZ P., *Danno non patrimoniale: mossa obbligata per le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 5, 1011 ss.

ZIVIZ P., *Le relazioni pericolose: i rapporti tra danno biologico e danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 4, 790 ss.

ZIVIZ P., *Lo spettro dei danni bagatellari*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 3, 517 ss.

ZIVIZ P., *La fine dei dubbi in materia di danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 9, 235 ss.

ZIVIZ P., *La valutazione del danno biologico nel nuovo codice delle assicurazioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 4, 760 ss.

ZIVIZ P., *Adelante...ma con giudizio! (Due sentenze genovesi sul nuovo danno non patrimoniale)*, in *Danno e resp.*, 2006, 7, 759 ss.

ZIVIZ P., *Il danno non patrimoniale nell'era del mutamento*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 2, 235 ss.

ZIVIZ P., *Danni da mobbing* in *Resp. civ. prev.*, 2005, 2, 512 ss.

ZIVIZ P., *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *Contr. impr.*, 2004, 2, 845 ss.

ZIVIZ P., *Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c.*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1041 ss.

ZIVIZ P., *Danno biologico e danno esistenziale: parallelismi e sovrapposizioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 2, 417 ss.

ZIVIZ P., *I nuovi danni secondo la Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 6, 1203 ss.

ZIVIZ P., *Equivoci da sfatare sul danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 4-5, 817 ss.

ZIVIZ P., *«Danno biologico e morte della vittima: equivoci vecchi e nuovi»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, 2 ss.

ZORZIT D., *Il “climax” ascendente (o discendente?) del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2008, 5, 509 ss.

ZORZIT D., *Diritto e sentimento: il danno da perdita dell'animale d'affezione*, in *Danno e resp.*, 2008, 8-9, 909 ss.

WUNSCH S., *La tipizzazione dei nuovi danni non patrimoniali tra spunti giurisprudenziali e riscontri comparatistici*, in *Danno e resp.*, 2006, 10, 944 ss.