

IL DANNO NON PATRIMONIALE ED I DIRITTI INVIOLABILI DELL'UOMO SECONDO LA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLE SEZIONI UNITE

Angelo Viglianisi Ferraro*

Sommario: *Premessa. I pregi e i limiti di una presa di posizione giurisprudenziale attesa e scontata - 1. Il ruolo del diritto dell'Unione europea (e della Carta di Nizza) nella nuova configurazione del danno non patrimoniale - 2. L'ingiustificata esclusione della CEDU (e delle altre Carte di diritto internazionale) dal novero delle fonti contenenti diritti meritevoli di tutela non patrimoniale - 3. La nuova lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. ed una non chiara interpretazione del concetto di diritto inviolabile dell'uomo - 4. Il rischio di nuovi, inauspicabili contrasti fra Corti - 5. I problemi irrisolti di una presa di posizione giurisprudenziale non conclusiva.*

Premessa. I pregi e i limiti di una presa di posizione giurisprudenziale attesa e scontata

Con le ormai note sentenze n. 26972-26975 dell'11 novembre 2008¹, rese a seguito

* Professore Aggregato di diritto privato – Università “Mediterranea” di Reggio Calabria.

¹ Le sentenze sono reperibili sul sito web <http://lider-lab.ssup.it/joomla/>, con un primo commento di G. COMANDÈ, *La verità, vi prego, sul danno esistenziale*. In *Danno e resp.*, n. 1/2009, p. 5 ss. è possibile leggere, invece, le note di C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*; S. LANDINI, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SS. UU. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*; e C. SGANGA, *Le Sezioni unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*. In *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II parte, p. 486 ss., sono apparsi i commenti di R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale innanzi alle Sezioni Unite*, e di R. DEL PUNTA, *Il nuovo regime del danno non patrimoniale: indicazioni di sistema e riflessi lavoristici*. In *Foro it.*, 2009, I, c. 121 ss. è possibile trovare, invece, le annotazioni di A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*; di R. PARDOLESI - R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*; di G. PONZANELLI, *Sezioni Unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*; e di E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*. In *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 56 ss. quelle di P. G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*; di D. POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*; e di P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*. In *Corr. giur.*, 2009, p. 410 ss., quelle di A. DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale l'esito?*; e di S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*. In *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I parte, p. 117 ss., quelle di E. BARGELLI, *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite*; e di M. DI MARZIO, *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*. Cfr., inoltre, G. CASSANO *Le Sezioni Unite si pronunciano sul danno non patrimoniale ed esistenziale. Primissime note critiche*, in www.personaedanno.it; S. DELLE MONACHE, *Alla ricerca del danno esistenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2009, p. 315 ss.; R. DE MATTEIS, *I danni alla persona dopo le S. U. del 2008*, in *La resp. civ.*, 2009, p. 651 ss.; M. FORNACIARI, *Il danno non patrimoniale dopo le sezioni unite: prime riflessioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 803 ss.; M. FRANZONI, *Il danno*

dell'ordinanza di rimessione n. 4712/2008², le Sezioni Unite Civili della Corte di cassazione hanno portato (o , almeno, tentato di portare) a compimento l'opera di *restyling* della figura del danno non patrimoniale nell'ordinamento giuridico italiano, dando sèguito ad un percorso giurisprudenziale (inaugurato con le pronunce n. 8827 e n. 8828 del 2003³), teso da un lato a consacrare il principio secondo cui, in virtù di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., quest'ultima disposizione va considerata come l'unica norma codicistica applicabile in materia di *non-economic damages*⁴, e dall'altro ad erigere un solido argine contro richieste (e pronunce) risarcitorie aventi un fondamento giuridico alquanto fragile⁵.

Le sentenze gemelle del 2008, ribadendo quanto stabilito un lustro prima dallo stesso *Gran Plenum* della Suprema Corte, si sono orientate verso la radicale eliminazione di quella che è stata da più parti considerata la principale causa della moltiplicazione delle domande liquidatorie, ossia la tradizionale e obsoleta visione tripartita della figura di danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c.⁶. Sotto questo profilo, le decisioni dei giudici di legittimità sono balzate all'onore della cronaca (e della critica dottrinale) soprattutto per aver risolutamente negato la possibilità di riconoscere al danno

non patrimoniale del diritto vivente, in *Corr. giur.*, n. 1/2009, p. 5 ss.; M. GAGLIARDI, *Il "nuovissimo" sistema di risarcimento del danno: le voci del danno non patrimoniale tra tipicità degli interessi protetti e interpretazione costituzionalmente orientata*, reperibile sul sito <http://lider-lab.sssup.it/joomla/>; G. GRISI, *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia "creativa" delle Sezioni Unite*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 379 ss.; E. LAMARQUE, *Il nuovo danno non patrimoniale sotto la lente del costituzionalista*, in *Danno e resp.*, n. 4/2009, p. 363 ss.; F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto: le apparenti asimmetrie sistemiche*, *ibidem*, p. 373 ss.; P. ZIVIZ, *Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, in *Resp. civ. prev.*, n. 12/2008, p. 2419 ss. Un'ampia e variegata panoramica sulle diverse posizioni dottrinali rispetto alle sentenze del novembre 2008 è, infine, rinvenibile sulla rivista *Giur. it.*, 2009, p. 1023 ss., nella parte relativa a *Dottrina e attualità giuridica*, curata da P. RESCIGNO, nonché nell'opera AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 2009.

² Il testo del provvedimento è stato pubblicato in *Danno e resp.*, n. 5 del 2008, p. 553 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Il danno non patrimoniale tra lettura costituzionale e tentazioni esistenziali: la parola alle Sezioni Unite*; e di M. BONA, *La saga del danno esistenziale verso l'ultimo ciak*.

³ Corte di cassazione, 31 maggio 2003, n. 8827 e n. 8828, in *Danno e resp.*, 2003, p. 816 ss., con nota di F. D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate: la Corte di Cassazione e il danno alla persona*; G. PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*; e A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in paradiso*; in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 685 ss., con nota di E. BARGELLI, *Danno non patrimoniale e interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.*; di P. CENDON, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura*; e di P. ZIVIZ, *E poi non rimase nessuno*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1031, con nota di M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*.

⁴ Le Sezioni Unite censurano, del resto, i tentativi, proposti in dottrina, di superare tale impostazione giurisprudenziale, ricollegando la rilevanza costituzionale non all'interesse leso, ma al pregiudizio sofferto, ed in tal modo confondendo «il piano del pregiudizio da riparare con quello dell'ingiustizia da dimostrare» e realizzando una sostanziale «abrogazione surrettizia dell'art. 2059 c.c. nella sua lettura costituzionalmente orientata» (così nel punto 3.5. della sentenza n. 26972 del 2008), ovvero identificando il danno esistenziale con la lesione di qualsiasi bene giuridicamente rilevante, così riconducendo «il preteso danno sotto la disciplina dell'art. 2043 c.c., dove il risarcimento è dato purché sia leso un interesse genericamente rilevante per l'ordinamento» (par. 3.6.).

⁵ Cfr. F. GAZZONI, *L'art. 2059 c.c. e la Corte costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, in *Resp. civ.*, 2003, p. 1292 ss.

⁶ Sul tema si rinvia a G. PONZANELLI (a cura di), *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, Padova, Cedam, 2007.

esistenziale⁷ (nonché al danno biologico⁸ e al danno morale soggettivo⁹) la dignità di fattispecie (o anche solo di "voce") risarcitoria autonoma¹⁰.

Elaborato – come evidenzia la Cassazione in un'ampia e articolata premessa ricostruttiva – con l'apprezzabile fine di ampliare la salvaguardia degli interessi della persona, riconoscendo protezione risarcitoria anche «alla sfera del fare non reddituale del soggetto»¹¹ (o più genericamente alle attività realizzatrici del soggetto), il danno esistenziale era finito per assicurare tutela anche a «risibili (...) pregiudizi suscettivi di alterare il modo di esistere delle persone»¹².

Di qui il tentativo (condivisibile e meritorio) del Collegio Supremo di chiudere la porta alla tutela di «diritti del tutto immaginari» (come «il "diritto" alla qualità della vita, allo stato di benessere, alla serenità: in definitiva il diritto ad essere felici»)¹³, tentativo che si spinge tuttavia sino all'affermazione secondo cui «al di fuori dei casi determinati dalla legge, in virtù del principio della tutela minima risarcitoria spettante ai diritti

⁷ La letteratura sul tema è vastissima. Cfr. M. BONA, *Danno esistenziale* (voce), in *Dig. disc. priv., sez. Civile, Agg. I*, Torino, Utet, 2003, p. 654 ss.; P. CENDON - P. ZIVIZ, *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, Giuffrè, 2003; M. COMPORTI, *Fatti illeciti (artt. 2043 - 2059)*, in *Codice Civile* (diretto da P. SCHLESINGER e F. BUSNELLI), Milano, Giuffrè, 2002; A. LIBERATI, *La liquidazione del danno esistenziale*, Padova, Cedam, 2004; G. PONZANELLI (a cura di), *Critica al danno esistenziale*, Padova, Cedam, 2003; ID., *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, Padova, Cedam, 2004; G. ALPA, *Il danno alla persona oltre le esperienze nazionali: una prospettiva europea*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 325 ss.; F. D. BUSNELLI, *Il danno alla persona al giro di boa*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 237 ss.; C. CASTRONOVO, *Il danno alla persona tra essere e avere*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 237 ss.; A. D'ADDA, *I nuovi assetti del danno alla persona: dal danno biologico al danno esistenziale?*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 353 ss.; A. DIDONE, *Il danno "esistenziale" da irragionevole durata del processo tra Cassazione e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 333 ss.; M. ROSSETTI, *Danno esistenziale: adesione, iconoclastia o ...?*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 213 ss.

⁸ La figura del danno biologico è stata consacrata, «con la sbalorditiva formula "in via sperimentale"» (così C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 243), in alcune discipline legislative di settore, come quelle contenute nell'art. 13 del dlgs n. 38 del 23 febbraio 2000 in materia di infortuni sul lavoro, nell'art. 5 della legge n. 57 del 5 marzo 2001 in tema di responsabilità da circolazione stradale, nonché – più recentemente – negli artt. 138 e 139 del dlgs n. 209/2005 (Codice delle Assicurazioni Private). Quest'ultima normativa, in particolare, è stata criticata, per il suo *fumus* di illegittimità costituzionale (ossia per eccesso di delega), dagli stessi sostenitori del danno esistenziale. Cfr., da ultimo, M. BONA, *La saga del danno esistenziale, cit. supra*, nota 2, p. 563.

⁹ Figura che, secondo i giudici supremi, pur essendo stata «recepita per lungo tempo dalla pratica giurisprudenziale, aveva fondamento normativo assai dubbio» (poiché «né l'art. 2059 c.c. né l'art. 185 c.p. parlano di danno morale, e tantomeno lo dicono rilevante solo se sia transitorio»), ed «era carente anche sul piano della adeguatezza della tutela» (dal momento che, secondo la Cassazione «la sofferenza morale cagionata dal reato non è necessariamente transeunte, ben potendo l'effetto penoso protrarsi anche per lungo tempo»). Così nel par. 2.10 della sentenza n. 26972/2008.

¹⁰ I giudici supremi chiariscono *apertis verbis* che «di danno esistenziale come autonoma categoria di danno non è più dato discorrere», poiché tale figura «era stata proposta nel dichiarato intento di supplire ad un vuoto di tutela, che ormai più non sussiste». Così nel punto 3.4. della sentenza n. 26972 del 2008. Invero, come ricordano le stesse Sezioni Unite (nel par. 2.13 della stessa pronuncia), già le decisioni n. 8827 e n. 8828 del 2003 «avevano avuto cura di precisare che non era proficuo ritagliare all'interno della (...) categoria del danno non patrimoniale specifiche figure di danno, etichettandole in vario modo, e di rilevare che la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. doveva essere riguardata non già come occasione di incremento delle poste di danno (e mai come strumento di duplicazione del risarcimento (...)), ma come mezzo per colmare le lacune della tutela risarcitoria della persona».

¹¹ Cfr. il punto 3.1. della decisione n. 26972 del 2008.

¹² Così nel par. 3.2. della pronuncia n. 26972/2008, ove le Sezioni Unite riportano alcuni esempi di pregiudizi immeritevoli di tutela risarcitoria: «la rottura del tacco di una scarpa da sposa, l'errato taglio di capelli, l'attesa stressante in aeroporto, il disservizio di un ufficio pubblico, l'invio di contravvenzioni illegittime, la morte dell'animale di affezione, il maltrattamento di animali, il mancato godimento della partita di calcio per televisione determinato dal *black-out* elettrico».

¹³ Così nel citato par. 3.9 della pronuncia delle Sezioni Unite.

costituzionali inviolabili, la tutela è estesa ai casi di danno non patrimoniale prodotto dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione»¹⁴.

Una affermazione – quella appena riportata – che non pare possa andare, invero, immune da critiche, nella misura in cui, per un verso opera probabilmente (attraverso il ricorso «alla formula dei "diritti inviolabili" invece che a quella degli "interessi costituzionalmente protetti" di cui alle decisioni...del 2003»¹⁵) una restrizione particolarmente drastica¹⁶, e non condivisibile, del concetto di "ingiustizia costituzionalmente qualificata"¹⁷, così contravvenendo forse alle stesse istanze evidenziate dalla Corte costituzionale nella nota pronuncia n. 233 del 2003¹⁸; e, per un altro verso, conduce ad una poco persuasiva ricostruzione del rapporto tra CEDU e norme nazionali (dettata verosimilmente da una non convincente lettura della recente impostazione prospettata al riguardo dal giudice delle leggi¹⁹)²⁰.

La Consulta, avallando quanto deciso dalla Suprema Corte nelle sentenze n. 8827 e n. 8828 del 2003, sottolineò «l'indubbio pregio» delle pronunce in questione «di ricondurre a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona» mediante una corretta «interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona»²¹.

Le nuove *guide-lines* interpretative fornite dalle Sezioni Unite nel novembre del 2008 sembrerebbero però avvolgere nuovamente di un *fumus* di illegittimità costituzionale l'art. 2059 c.c., laddove, oltre a negare la c.d. "tutela risarcitoria minima" ad alcuni diritti contenuti nella Costituzione (diversi da quelli che la Suprema Corte considera – alla stregua di non ben precisati parametri – "inviolabili"), esse escludono che diritti proclamati in fonti

¹⁴ Così nel par. 2.7 della sentenza. Nel punto 2.9 della stessa pronuncia si evidenzia che «la risarcibilità del danno non patrimoniale postula, sul piano dell'ingiustizia del danno, la selezione degli interessi dalla cui lesione consegue il danno. Selezione che avviene a livello normativo, negli specifici casi determinati dalla legge, o in via di interpretazione da parte del giudice, chiamato ad individuare la sussistenza, alla stregua della Costituzione, di uno specifico diritto inviolabile della persona necessariamente presidiato dalla minima tutela risarcitoria». Nel par. 2.12, poi, il concetto viene nuovamente ripreso, e i giudici affermano che «fuori dai casi determinati dalla legge è data tutela risarcitoria al danno non patrimoniale solo se sia accertata la lesione di un diritto inviolabile della persona: deve sussistere una ingiustizia costituzionalmente qualificata».

¹⁵ A rilevarlo è R. DEL PUNTA, *Il danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite del 2008: riflessioni di sistema e ricadute lavoristiche*, in *Giur. it.*, n. 4/2009, p. 1040.

¹⁶ Di «una lettura della Costituzione che limita anziché ampliare le prerogative soggettive» ha parlato G. VETTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, in AA. VV., *Il danno non patrimoniale*, cit. supra, nota 1, p. 537, sottolineando che «la rilevanza ordinaria di un interesse ne giustifica il risarcimento, mentre per la tutela di un interesse non patrimoniale si dovrebbe isolare un carattere inviolabile di una situazione personale».

¹⁷ D. CHINDEMI, *Una nevicata su un campo di grano*, in AA. VV., *Il danno non patrimoniale*, cit. supra, nota 1, p. 141 ss. «logica conseguenza è la mancata tutela di diritti comunque, anche se non inviolabili, garantiti dalla Costituzione, che (...) costituisce il punto di riferimento della legittimità costituzionale delle leggi. Si autorizza, in tal caso, implicitamente, il danneggiante a violare impunemente diritti garantiti dalla Carta fondamentale, in contrasto con la stessa coscienza sociale (...) che ritiene la nostra Costituzione meritevole di essere rispettata integralmente e non solo nei suoi diritti inviolabili».

¹⁸ Cfr., *ex multis*, i commenti di M. BONA, *Il danno esistenziale bussola alla porta e la Corte Costituzionale apre*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 939 ss.; P. CENDON - P. ZIVIZ, *Vincitori e vinti (... dopo la sentenza n. 233/2003 della Corte Costituzionale)*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1777 ss.; G. PONZANELLI, *Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 5 ss.

¹⁹ Il riferimento va chiaramente alle ben note sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, sulle quali si tornerà in questo lavoro.

²⁰ Come si vedrà meglio da qui a breve, le Sezioni Unite negano infatti che i diritti predicati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo meritino una tutela non patrimoniale analoga a quella riconosciuta ai diritti inviolabili sanciti nella Costituzione.

²¹ Così nel par. 3.4. della pronuncia del 2003.

sovraordinate rispetto alla legge, vincolanti per lo stesso legislatore (*rectius*: per lo Stato nel suo complesso) giusta l'art. 117 Cost., e riferiti certamente a "valori inerenti alla persona", possano godere della garanzia riconosciuta ai diritti "inviolabili" proclamati (o desumibili in via interpretativa) dalla Carta Costituzionale²².

²² Di «restrizioni non supportate da alcun fondamento normativo» ha parlato M. BONA, *Dal sistema al caos: le ragioni per resistere alle sentenze (non vincolanti delle Sezioni Unite)*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, cit. *supra*, nota 1, p. 73, sottolineando che «una volta ritenuto che l'art. 2059 c.c. sia da interpretarsi alla luce della Costituzione, siffatto rinvio, in assenza di diverse indicazioni dal diritto positivo, dovrebbe logicamente operare a 360° per tutte le posizioni ivi tutelate».

1. Il ruolo del diritto dell'Unione europea (e della Carta di Nizza) nella nuova configurazione del danno non patrimoniale

Le sentenze del 2008 tentano di formulare un definitivo chiarimento su come debbano essere interpretate ed applicate le norme dell'intero impianto codicistico in materia di responsabilità extracontrattuale²³.

I giudici di legittimità asseriscono, infatti, che «la rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., come norma deputata alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale inteso nella sua più ampia accezione, riporta il sistema della responsabilità aquiliana nell'ambito della bipolarità prevista dal vigente codice civile tra danno patrimoniale (art. 2043 c.c.) e danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.)»²⁴; ed analizzando la struttura dell'illecito aquiliano, così come articolata nei suoi ben noti elementi essenziali, precisano che il danno non patrimoniale si distingue da quello patrimoniale solo «in punto di evento dannoso, e cioè di lesione dell'interesse protetto», poiché, mentre l'ipotesi risarcitoria di cui all'art. 2043 c.c. è connotata da atipicità²⁵, la fattispecie disciplinata dall'art. 2059 c.c. è caratterizzata da tipicità²⁶, risultando risarcibile il danno solo nei casi determinati dalla legge o nelle ipotesi in cui vi sia una lesione costituzionalmente qualificata²⁷.

Non nascondendo l'intento di mettere mano ad una completa e definitiva opera di "modernizzazione" dell'istituto del danno non patrimoniale, le Sezioni Unite affrontano *ex cathedra*, ma forse in modo eccessivamente sbrigativo, il delicato problema concernente il rapporto tra l'art. 2059 c.c. e le fonti comunitarie eventualmente applicabili in materia.

I giudici supremi chiariscono, al riguardo, che «il superamento dei limiti alla tutela risarcitoria dei danni non patrimoniali, che permangono, nei termini suesposti, anche dopo la rilettura conforme a Costituzione dell'art. 2059 c.c., può derivare da una norma comunitaria che preveda il risarcimento del danno non patrimoniale senza porre limiti, in ragione della prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno»²⁸.

²³ G. GRISI, *Il danno (di tipo) esistenziale*, cit. *supra*, nota 1, p. 381 ss., ha evidenziato, in realtà, che la recente presa di posizione delle Sezioni Unite sembra veramente "creativa" «nella misura in cui (...) non si limita ad assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, ma definisce le linee del sistema di riferimento talvolta modificandone i tratti e apportando innovazioni significative».

²⁴ Così nel punto 2.8. della sentenza n. 26972/2008.

²⁵ I giudici supremi ricordano che, sin dalla famosa sentenza n. 500/1999, l'ingiustizia del danno è ravvisabile nella lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante. Cfr. G. ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, Jovene, 1979 e F. FERRARI, *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, Milano, Giuffrè, 1992.

²⁶ Secondo C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, cit. *supra*, nota 1, p. 6, si tratterebbe, invero, di una mera contraddizione. L'autore, pur continuando a sostenere la sua antica tesi circa la tipicità dell'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c., rileva che «poiché la norma fa parola di danno ingiusto, senza distinguere tra danno patrimoniale e no, coerenza imporrebbe che il sintagma venisse inteso nel senso dell'atipicità o della tipicità, senza distinguere tra danno patrimoniale e non patrimoniale». A conclusioni simili sembra giungere A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite*, cit. *supra*, nota 1, p. 36 ss., ma anche un nutrito numero di studiosi richiamati da quest'ultimo autore.

²⁷ Così come sancito dalla stessa Corte di cassazione in alcune importanti sentenze, quali la n. 15027/2005 e la n. 23918/2006.

²⁸ Così nel punto 3.7. della sentenza n. 26972 del 2008, ove la Corte di cassazione ricorda che «l'effetto connesso alla vigenza di una norma comunitaria è quello non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale». Il problema che una siffatta impostazione pone continua ad essere quello di una "discriminazione alla rovescia" a svantaggio delle fattispecie di rilevanza meramente nazionale. Sul tema sia consentito rinviare ad A. FERRARO, *La storia infinita del caso R. C. Auto, tra diritto italiano e diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 2008, p. 107 ss., e ID., *L'illecito comunitario di un organo giurisdizionale supremo*, in *Danno e resp.*, 5/2007, p. 518 ss. e 6/2007, p. 629 ss.

Una sintetica analisi delle principali norme comunitarie (comprese quelle desumibili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia²⁹) consente di affermare che l'ipotesi, pur correttamente prospettata dai giudici supremi, è al momento solo teorica, poiché, per espressa scelta del legislatore comunitario (ribadita anche recentemente), in tema di danno non patrimoniale (o, per adoperare la terminologia europea, di danno morale o immateriale), vi è ampio rinvio alle discipline nazionali³⁰.

La stessa autorità giudiziaria di Lussemburgo (apparsa sino ad oggi molto più conciliante, da questo punto di vista, rispetto alla Corte europea dei diritti dell'uomo), nel rimettersi alla discrezionalità degli organi legislativi e giurisdizionali statali circa l'individuazione delle modalità di risarcimento dei danni (soprattutto, di quelli non patrimoniali) derivanti ai privati da violazioni di norme comunitarie, si è limitata a richiedere agli Stati membri di garantire il principio di effettività³¹ e di equivalenza³²,

²⁹ Come è noto le sentenze della Corte di giustizia rivestono, anche secondo l'orientamento unanime della giurisprudenza italiana, un valore giuridico vincolante identico a quello ricoperto dalle norme provenienti dall'organo legislativo sovranazionale. Cfr. Corte cost. n. 113/1985, in *Foro it.*, 1985, I, c. 1600 ss.; Corte cost. n. 389/1989, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1076 ss.; Corte cost. n. 132/1990, in *Foro it.*, 1990, I, c. 3053 ss.; Corte cost. n. 168/1991, in *Foro it.*, 1992, I, c. 660. Cass., sez. un., 13 febbraio 1999, n. 64, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, p. 799 ss.

³⁰ Cfr., a titolo meramente esemplificativo, la direttiva n. 85/374/Cee del Consiglio del 25 luglio 1985 in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, in *Guce* n. L 210 del 7 agosto 1985, p. 29 ss. In uno dei *considerando* di tale documento normativo si legge che «la direttiva non pregiudica il risarcimento del *pretium doloris* e di altri danni morali eventualmente previsto dalla legge applicabile nella fattispecie», e nell'art. 9 si ha la conferma che la disciplina in questione «lascia impregiudicate le disposizioni nazionali relative ai danni morali» (vedasi sul punto la giurisprudenza, di analogo tenore, della Corte di giustizia in materia; cfr., per tutte, le sentenze del 10 maggio 2001 in causa n. C-203/99, *Henning Vedfeldt, e Århus Amtskommune*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 3569, par. 29 e 32 e in questa *Rivista*, 2002, p. 45 con commento di M. BORRACCETTI, *Prodotto difettoso usato per il trapianto di un organo umano: responsabilità dell'ospedale per danno da lesioni personali*, p. 51 e del 12 marzo 2002 in causa n. C-168/00, *Simone Leitner*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 360 ss. e in questa *Rivista*, 2002, p. 281 con commento di M. FRAGOLA, *La Corte di giustizia riconosce la risarcibilità del danno morale "da vacanza rovinata" alla luce dell'ordinamento comunitario*, p. 287). Si rinvia, in senso analogo, all'art. 13 della direttiva n. 2004/48/Ce (c.d. direttiva *Enforcement*) sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale; e all'art. 5, n. 2, comma 4° della direttiva n. 90/314/Cee, su viaggi, vacanze e circuiti "tutto compreso". Cfr., inoltre, sul tema, l'art. 7.4.1. del Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Definizione del ruolo e del regime delle azioni collettive nel settore del diritto comunitario del consumo» in *Gu-Ue* n. C 162 del 25 giugno 2008, p. 1 ss.; la sez. 4.10 dell'allegato I del Libro verde sulla «Revisione dell'*acquis* relativo ai consumatori» (2007/C 61/01), in *Gu-Ue* n. C 61 del 15 marzo 2007, p. 1 ss.; e l'art. 3.3.4 del Libro verde sul «Risarcimento alle vittime di reati» (Com(2001)536 def.), reperibile in www.eur-lex.europa.eu.

³¹ Cfr., tra le tante, le sentenze del 13 febbraio 1979 in causa n. 101/78, *Granaria*, in *Raccolta*, 1979, p. 623, punto 14 e in questa *Rivista*, 1979, p. 675 con commento di N. PARISI, *La responsabilità extracontrattuale delle Comunità Europee*, p. 677; del 7 maggio 1991 in causa n. C-340/89, *Vlassopoulou*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2357 e in questa *Rivista*, 1992, p. 663 con commento di C. POMA, *La libera circolazione dei professionisti e il riconoscimento dei titoli di studio*, p. 669 e del 14 dicembre 1995 in causa n. C-312/93, *Peterbroeck*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4620. Peraltro, i giudici comunitari chiariscono che «i presupposti della responsabilità appena ricordati sono necessari e sufficienti per attribuire ai singoli un diritto al risarcimento, ma non escludono che la responsabilità dello Stato possa essere accertata a condizioni meno restrittive, sulla base del diritto nazionale». Così R. CONTI, *Giudici supremi e responsabilità per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e resp.*, n. 1/2004, p. 31. Sul punto si rinvia ad E. CALZOLAIO, *L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 73.

³² La Corte ha più volte chiarito, peraltro, che il criterio dell'equivalenza non può prevalere su quello dell'effettività, per cui, sarebbe illegittimo comunitariamente subordinare l'obbligo di risarcire i danni cagionati ai singoli «ad una condizione, ricavata dalla nozione di condotta imputabile per dolo o colpa, che vada oltre la violazione manifesta e grave del diritto comunitario. Infatti, la prescrizione di una simile condizione ulteriore si risolverebbe nel rimettere in discussione il diritto al risarcimento, che trova il suo fondamento nell'ordinamento giuridico comunitario». Punti 78 e 79 della sentenza del 5 marzo 1996 in

statuendo di conseguenza che «le condizioni, formali e sostanziali, stabilite dalle diverse legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli a quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna» (c.d. clausola del trattamento nazionale) e «non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento» (c.d. clausola della *soglia minima di efficacia*)³³.

Invero, il problema (considerato forse troppo frettolosamente dalle Sezioni Unite) di un possibile contrasto tra norme dell'Unione europea e art. 2059 c.c., troverà, probabilmente, una più concreta probabilità di emersione nel momento in cui, essendo ormai divenuta a tutti gli effetti vincolante la Carta di Nizza, inizierà a formarsi una giurisprudenza sovranazionale (in ipotesi, anche discordante con quella delle Corti nazionali) attorno ai diritti proclamati nel documento in questione (e, magari, anche riguardo alla tutela non patrimoniale da apprestare ai privati): a quel punto la "cedevolezza" dell'ordinamento italiano, così come correttamente ribadita dai giudici supremi, potrebbe condurre all'obbligo per le autorità giudiziarie nazionali di disapplicare (o, eventualmente, di interpretare conformemente al diritto europeo) l'art. 2059 del codice civile, al fine di garantire l'*effet utile du droit européen*³⁴.

Sarebbe, tuttavia, interessante chiedersi sin da ora in quale misura sia possibile far rientrare tra le situazioni meritevoli di protezione risarcitoria i diritti predicati dalla Carta

cause riunite n. C-46/93 e n. C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1029 ss. e massimata in questa *Rivista*, 1997, p. 51 con commento di F. CAPELLI, *L'obbligo degli Stati a risarcire i danni per violazione delle norme comunitarie*, p. 52 e di L. TRIFONE, *La responsabilità degli Stati in diritto comunitario: le sentenze nelle cause Brasserie du pêcheur, Factortame III e Hedley Lomas*, p. 63 ss.; A. DI MAJO, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 770, osserva che, invero, «si tratta di una alternativa riduttiva, giacché il giudizio di "gravità e trasparenza" della violazione non mette fuori gioco la colpa, ma la riempie semmai di quei contenuti concreti che possono veramente consentire di formulare quel giudizio di disfavore» che la Corte intende mettere in risalto.

³³ Così nel punto 43 della decisione *Francovich*. In senso analogo viene risolto il problema nella sentenza *Brasserie du Pêcheur*, *cit. supra*, nota 32, punti 82-85. Nella pronuncia della Corte Efta del 20 giugno 2008 in causa n. E-8/07, *Celina Nguyen c. Stato norvegese*, in *Report of the Efta Court*, 2008, p. 224 (v. la sintesi in *Gu-Ue* n. C 263 del 16 ottobre 2008, p. 4), si è stabilito che «non è compatibile con le direttive assicurazione autoveicoli – prima, seconda e terza – escludere il risarcimento del danno non patrimoniale ("pretium doloris"), che costituisce una forma di responsabilità civile, dal sistema di assicurazione obbligatoria ai sensi della legislazione nazionale».

³⁴ Due recenti pronunce della Corte di giustizia possono essere richiamate a suffragio di tale conclusione. La prima è la sentenza del 21 giugno 2007 in cause riunite da n. C-231/06 a n. C-233/06, *Jonkman*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 5149 ss., massimata in questa *Rivista*, 2007, p. 750, nella quale i giudici comunitari hanno ribadito, e meglio precisato (nel punto 38), che «a seguito di una sentenza (...) pregiudiziale da cui risulti l'incompatibilità di una normativa nazionale con il diritto comunitario, è compito delle autorità dello Stato (...) interessato adottare i provvedimenti generali o particolari idonei a garantire il rispetto del diritto comunitario sul loro territorio, vigilando in particolare affinché il diritto nazionale sia rapidamente adeguato al diritto comunitario e affinché sia data piena attuazione ai diritti (...) attribuiti ai singoli dall'ordinamento comunitario». La seconda è la sentenza *Lucchini* del 18 luglio 2007 in causa n. C-119/05, in *Raccolta*, 2007, I, p. 6199 e in questa *Rivista*, 2007, p. 729 con commento di M. T. STILE, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, p. 733, ove la Corte di giustizia ha, invece, messo in discussione perfino il principio italiano dell'intangibilità della *res judicata*, stabilendo che «per effetto del principio del primato del diritto comunitario, il giudice nazionale ha l'obbligo (...) – all'occorrenza – di disapplicare, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione della legislazione nazionale ad esse contrari. Pertanto l'art. 2909 del codice civile italiano (...) va disapplicato, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con (...) una decisione della Commissione divenuta definitiva». Sul tema, si rinvia ad A. CARIOLA, *Schema a tesi per uno studio sulla responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale: le posizioni formali assunte dalla Corte e le esigenze di risarcimento integrale delle situazioni giuridiche lese*, in AA. VV., *I danni: verso quali prospettive?*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 153-154.

dei diritti fondamentali dell'Unione europea (così come sembra aver inteso fare, sia pur maldestramente, la III sez. civ. della Corte di cassazione nella sentenza n. 29191 del 12 dicembre 2008³⁵), considerando, da un lato, il contenuto di alcune pronunce della Corte costituzionale italiana in virtù delle quali, già prima della sua formale entrata in vigore, si è riconosciuto al documento proclamato nel 2000 un valore particolarmente rilevante³⁶, o una sua innegabile effettività giuridica³⁷, in quanto «carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei»³⁸ e, dall'altro, la possibilità (avallata dalle stesse Sezioni Unite) per il giudice nazionale di farsi interprete dell'*esprit du temps* e rinvenire nel sistema costituzionale (e dunque anche nell'art. 11 Cost.) "indici" (non meglio precisati³⁹) idonei ad identificare «nuovi interessi emersi nella realtà sociale» meritevoli di essere assurti a diritti inviolabili dell'uomo»⁴⁰.

A questo spinoso problema, tuttavia, le Sezioni Unite non sembrano aver minimamente inteso fare riferimento nelle loro pronunce del 2008.

2. L'ingiustificata esclusione della CEDU (e delle altre Carte di diritto internazionale) dal novero delle fonti contenenti diritti meritevoli di tutela non patrimoniale

Come si è già accennato, peraltro, alla totale apertura della Corte di cassazione verso il diritto comunitario corrisponde una (discutibile) chiusura nei confronti di altre fonti di diritto internazionale, e, paradossalmente, proprio di quelle firmate e rese esecutive in Italia al fine di garantire una più piena e completa tutela ai diritti fondamentali dell'uomo⁴¹.

Nel sancire la possibilità per il legislatore di «ampliare il catalogo dei casi determinati

³⁵ La sentenza conferma e specifica un principio contenuto già nella decisione della stessa III sez. civ., n. 28407, datata 28 novembre 2008. I giudici supremi, eludendo con grande abilità ermeneutica i vincoli imposti dalla recente presa di posizione delle Sezioni Unite, stabiliscono che «nella valutazione del danno morale contestuale alla lesione del diritto alla salute, la valutazione di tale voce, dotata di logica autonomia in relazione alla diversità del bene protetto, che pure attiene ad un diritto inviolabile della persona (la sua integrità morale: art. 2 della Costituzione in relazione all'art. 1 della Carta di Nizza, che il Trattato di Lisbona, ratificato dall'Italia con legge 2 agosto 2008 n. 190, [omissis] collocando la dignità umana come la massima espressione della sua integrità morale e biologica) deve tener conto delle condizioni soggettive della persona umana e della gravità del fatto, senza che possa considerarsi il valore della integrità morale una quota minore del danno alla salute». Vi è da dire che la Corte di cassazione, oltre a citare erroneamente la legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di riforma dell'Unione europea (si tratta, infatti, della legge n. 130 del 2008), sembra dimenticare che il Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, e pubblicato in *Gu-UE* n. C 306 del 17 dicembre 2007, non aveva all'epoca alcun valore vincolante (né era dato sapere se mai ne avrebbe avuto), essendo entrato in vigore solo il 1° dicembre 2009 (dopo la ratifica di tutti gli Stati membri dell'Unione europea).

³⁶ Cfr. B. CARUSO - M. MILITELLO, *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000 - 2008)*, in *Riv. it. dir. lav.*, parte III, 2009, p. 182 ss.

³⁷ Si rinvia, anche a fini bibliografici, ad A. FERRARO, *Costituzione europea e diritti fondamentali dell'uomo*, in questa *Rivista*, 2004, *passim*.

³⁸ Cfr. Corte cost., 24 aprile 2002, n. 135, punto 2.1 in diritto; 23 novembre 2006, n. 393, punto 6.2 in diritto, e 23 novembre 2006, n. 394, punto 6.4 in diritto; e, più recentemente, 23 dicembre 2008, n. 438.

³⁹ Vedasi, sul punto, I. PAGNI, *Dall'illecito al danno: le fatiche della non patrimonialità*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1043.

⁴⁰ Corsivi aggiunti.

⁴¹ Si pensi, per citarne solo alcune, alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, alla Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia del 1989 o alla Convenzione di Oviedo per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina del 1997. E si considerino, ancora, le indicazioni normative fornite in materia di diritto alla salute, dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), agenzia dell'ONU istituita nel 1948.

dalla legge ordinaria prevedendo la tutela risarcitoria non patrimoniale anche in relazione ad interessi inerenti la persona non aventi il rango costituzionale di diritti inviolabili, privilegiandone taluno rispetto agli altri»⁴², i giudici supremi chiariscono che tale «situazione non ricorre in relazione ai diritti predicati dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ratificata con la legge n. 88 del 1955⁴³, quale risulta dai vari Protocolli susseguitisi, ai quali non spetta il rango di diritti costituzionalmente protetti, poiché la Convenzione, pur essendo dotata di una natura che la distingue dagli obblighi nascenti da altri Trattati internazionali, non assume, in forza dell'art. 11 Cost., il rango di fonte costituzionale, né può essere parificata, a tali fini, all'efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento interno»⁴⁴.

Non è agevole comprendere quale significato si debba attribuire a quest'ultimo inciso: certamente parrebbe da escludere che le Sezioni Unite, oltre a negare che i diritti contenuti nella Convenzione europea del 1950 debbano essere considerati inviolabili, o anche più semplicemente costituzionalmente protetti, abbiano anche inteso precludere al legislatore la possibilità di accordare di volta in volta ed in maniera specifica la tutela di cui all'art. 2059 c.c. ai diritti proclamati nella CEDU – si tratterebbe, infatti, di valutazioni che potrebbero al più competere al giudice delle leggi (il solo a poter indirettamente delineare *ex cathedra* i confini costituzionalmente compatibili del raggio di azione del legislatore⁴⁵) –.

Una siffatta impostazione sarebbe inaccettabile per una serie di ragioni; *a fortiori* se si considera che da tempo ormai «il rinvio di cui all'art. 2059» è stato esteso «non soltanto verso norme secondarie attributive di diritti al risarcimento del danno *de quo*, ma anche verso norme primarie ricognitive di interessi non patrimoniali», come sembrano dimostrare le «concomitanti affermazioni con le quali le Sezioni Unite si sono proposte di consolidare, una volta per tutte, la risarcibilità del danno non patrimoniale "contrattuale"»⁴⁶.

Quale che sia la lettura da dare alla precisazione dei giudici supremi da ultimo richiamata, può certamente asserirsi che la presa di posizione della Corte Suprema sembra trascurare che i diritti contenuti nella CEDU (quand'anche si potessero effettivamente considerare privi del carattere della inviolabilità) sono comunque stati recepiti in Italia con una legge ordinaria, la quale ha ovviamente dato esecuzione pure agli artt. 41 ("Equa

⁴² Così nel par. 2.11 della sentenza n. 26972 del 2008, in cui viene richiamata anche la pronuncia della Corte costituzionale n. 87/1979.

⁴³ Ovviamente, le Sezioni Unite, pur citando per due volte nella sentenza n. 26972/2008 la legge n. 88 del 1955, intendono riferirsi alla legge n. 848 del 4 agosto 1955 (*sic!*).

⁴⁴ Così nel punto 2.11, *cit. supra*, nota 42, della sentenza n. 26972/2008. Le Sezioni Unite, precisano, peraltro, nel par. 3.4.1, della stessa pronuncia, che, viceversa, «in presenza di reato (...) anche il pregiudizio non patrimoniale (...) è risarcibile (...) se (...) sia conseguenza della lesione almeno di un interesse giuridicamente protetto, desunto dall'ordinamento positivo, ivi comprese le convenzioni internazionali (come la già citata Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (...)), e cioè purché sussista il requisito dell'ingiustizia generica secondo l'art. 2043 c.c.».

⁴⁵ Sul tema si rinvia, *ex pluribus*, ad A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3199 ss.; F. MODUGNO, *Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Giur. cost.*, II, 1988, p. 17 ss.; ID., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE - E. CHELI - S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982; N. OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale come giudice di opportunità delle leggi*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padova, Cedam, 1984; V. ONIDA - M. D'AMICO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi*, Torino, Giappichelli, 1998; R. PINARDI, *La Corte e il legislatore: spunti di riflessione in tema di efficacia pro futuro delle sentenze di accoglimento*, in *Giur. cost.*, 1991, p. 788; A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988.

⁴⁶ Così R. DEL PUNTA, *Il danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite del 2008*, *cit. supra*, nota 15, p. 1038 ss.

soddisfazione") e 46 ("Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze") della Convenzione stessa: disposizioni che hanno sino ad oggi consentito, senza grandi difficoltà, alla Corte europea dei diritti dell'uomo di riconoscere a privati cittadini (anche italiani), lesi nei loro diritti fondamentali sanciti dal *Bill of Rights* del 1950, il diritto ad un equo ristoro per le perdite non economiche subite.

La Corte di cassazione, basandosi probabilmente su alcune recenti (e controverse) pronunce della Consulta (in particolare le ben note sentenze n. 348 e n. 349 del 2007⁴⁷), parrebbe inoltre dimenticare che la Convenzione del 1950 (al pari, del resto, di altri qualsiasi altro trattato internazionale) resta comunque "fonte interposta", e, pertanto, quantunque collocata (discutibilmente⁴⁸) ad un livello *sub-costituzionale* (e non *sub-legale*, come sembrerebbe suggerire l'impostazione dei giudici supremi!), risulta essere in ogni caso prevalente (almeno in linea di principio) rispetto alla legge ordinaria⁴⁹ (pena – al di là di ogni altra considerazione – la violazione del vincolo disposto dall'art. 117 Cost.)⁵⁰.

Tralasciando ogni valutazione circa le asimmetrie dogmatiche cui potrebbe dar vita la scelta delle Sezioni Unite – le quali vorrebbero riservare un trattamento peggiore proprio ad una legge che gode di una speciale copertura costituzionale e che ha sollecitato addirittura sostanziali interventi riformatori della stessa Carta fondamentale italiana⁵¹ –, la soluzione proposta dalla Corte di cassazione omette di considerare (o di valutare adeguatamente) il ruolo che la Convenzione europea ha rivestito anche nell'ambito dell'ordinamento comunitario (le cui norme – a dire, come si è visto, delle stesse Sezioni Unite – potrebbero financo essere invocate per riconoscere ai privati una tutela non patrimoniale a condizioni meno restrittive di quelle previste dal codice civile)⁵².

⁴⁷ Sia consentito rinviare ad A. FERRARO, *Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti fondamentali, tra illegittima espropriazione della funzione propria della CEDU ed irragionevole durata di uno scontro giudiziario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, p. 651 ss., ove si è tentato di spiegare quali sono le ragioni per cui, secondo un'accreditata dottrina, va respinta la possibilità di distinguere e considerare differentemente la portata delle fonti del diritto comunitario da quella delle disposizioni contenute nella CEDU, e di escludere, così, l'estensibilità a favore di quest'ultima di una serie di effetti riconosciuti ai Trattati istitutivi delle Comunità europee in virtù della copertura di cui all'art. 11 Cost. (negata alla Convenzione del 1950). Cfr., sul punto, le acute critiche di A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico*, in www.forumcostituzionale.it.

⁴⁸ Come ha ben evidenziato A. RUGGERI, *La tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, in *Pol. dir.*, n. 3/2007, p. 323, «è contrario alla tradizione e vocazione delle Carte il loro porsi in funzione servente rispetto alla Costituzione. Le Carte, quando vengono alla luce, non si fanno questione del modo con cui si pongono rispetto ad una Costituzione data: aspirano infatti a dare un riconoscimento (e non già la mera tutela) a certi diritti, senza interrogarsi circa gli effetti derivabili dalla loro immissione negli ordinamenti interni».

⁴⁹ Se, dunque, «il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale» (così nelle sentenze n. 8827 e n. 8828 del 2003), considerazioni simili, dovrebbero valere per le ipotesi (definibili come "casi determinati dalla legge ad un livello sovralegislativo") in cui il riconoscimento dei diritti fondamentali sia contenuto in fonti che, ancorché subordinate alla Costituzione (ove si accetti l'impostazione della Corte costituzionale italiana), sono comunque sovraordinate rispetto alle disposizioni legislative.

⁵⁰ Pur precisando che non sono «immuni dal controllo di legittimità costituzionale», e che, dunque, è «necessario che esse siano conformi a Costituzione», la Consulta ha, anche recentemente, ribadito che le norme contenute nella CEDU integrano «il parametro costituzionale» (cfr. il par. 4.7. della sentenza n. 348/2007).

⁵¹ Come quelli concretizzati nella modifica dell'art. 111 Cost. e nell'eliminazione dei primi due commi della XIII disposizione transitoria.

⁵² Autorevolissima dottrina ha, non a caso, evidenziato che «la Convenzione costituisce il primo atto effettivamente fondante dell'unificazione culturale, più specialmente politica e giuridica, dei paesi europei», poiché, per un verso «l'unificazione dei diritti fondamentali rappresentava (...) la pietra di

Servirà ricordare che la CEDU ha consentito la realizzazione stessa dell'integrazione europea (e della *primauté* del diritto comunitario sulle norme nazionali, a dispetto di tutte le resistenze poste da alcune corti costituzionali statali), divenendo a partire dagli anni settanta⁵³ un parametro normativo "privilegiato" (tra i vari "criteri di rilevazione" adoperati dalla Corte di giustizia nella sua attività di *supplenza legislativa*⁵⁴), utilizzato per colmare la grave lacuna esistente nei Trattati istitutivi delle tre originarie Comunità europee in tema di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo⁵⁵.

Il costante rinvio alla Convenzione europea da parte di una lunga giurisprudenza dell'organo giurisdizionale di Lussemburgo (che ha inserito i diritti sanciti nel documento di Roma tra i principi generali della Comunità) ha permesso a più di uno studioso⁵⁶, e a numerosi giudici nazionali⁵⁷, di parlare già da tempo di una implicita "incorporazione" pretoria della CEDU nel diritto comunitario (anche apicale⁵⁸), e di una indiretta sottoposizione di quest'ultimo ai precetti contenuti nella Convenzione stessa⁵⁹.

fondazione della unificazione politica dei paesi appartenenti alla Comunità europea», per un altro «l'unificazione giuridica, che ai livelli ordinari si è andata realizzando mediante gli strumenti normativi della Comunità e dell'Unione, non poteva ambire di trascorrere al livello superiore, nel quale il passo verso l'unificazione politica è più breve, senza che il diritto comunitario si fosse già costituito nel piano dei diritti fondamentali». Così A. FALZEA, *Nel cinquantenario della Convenzione europea sui diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 695 ss. Lo studioso ha sottolineato, inoltre, l'importante funzione che la CEDU ha avuto nel conferimento di una «qualificazione giuridica ai diritti dell'uomo, accogliendoli nella sfera dell'ordinamento giuridico europeo e quindi riconoscendoli e accettandoli, non soltanto politicamente, ma anche giuridicamente» (p. 709).

⁵³ Cfr. la prima famosa sentenza in cui si fece riferimento alla CEDU, ossia la decisione del 28 ottobre 1975 in causa n. C-36/75, *Rutili c. Ministre de l'intérieur*, in *Raccolta*, 1975, p. 1219.

⁵⁴ Sul punto si rinvia a G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 254.

⁵⁵ Cfr. A. FERRARO, *Il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità delle Comunità europee nell'elaborazione ed evoluzione comunitaria dei diritti fondamentali dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2003, p. 1368.

⁵⁶ Cfr. C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 347 e 348 del 2007*, in www.giurcost.org; M. COMPORI, *La giusta indennità espropriativa tra giurisprudenza europea e giurisprudenza italiana*, in *Riv. giur. edil.*, 2007, II, p. 48 ss. e G. STROZZI, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e ordinamento degli Stati membri*, in AA. VV., *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, Cedam, 1995, p. 737 ss.

⁵⁷ Per un'ampia rassegna giurisprudenziale sul tema, cfr. B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, p. 1358 ss. Si consideri che il Consiglio di Stato, sez. IV, nella sentenza del 30 novembre 2007, n. 6124, ha dichiarato illegittimo l'istituto dell'occupazione acquisitiva, in quanto contrastante con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, ex art. 6, par. 2, UE (che contempla la CEDU, quale fonte contenente diritti fondamentali meritevoli di tutela da parte dell'Unione e degli Stati membri).

⁵⁸ Un attento studioso ha, d'altra parte, invitato a riflettere sugli inevitabili risvolti che avrà la futura entrata in vigore del Trattato di Lisbona, «in base al quale i diritti (...) garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri "fanno parte integrante del diritto dell'Unione in quanto principi generali"». Così R. ROMBOLI, nella sua nota di commento alle sentenze n. 348 e 349 del 2007, in *Foro it.*, I, 2008, c. 40. Non si dimentichi che il Trattato di Riforma in questione, recependo il contenuto dell'art. I-9 del Trattato costituzionale europeo, ha, tra l'altro, previsto l'adesione dell'Unione alla CEDU. Sul tema, si rinvia al saggio di V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.europeanrights.eu.

⁵⁹ D'altra parte, è proprio in forza degli artt. 230, 235 e 288 del Trattato CE (oggi, rispettivamente, artt. 263, 268 e 340 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea) che andrebbe forse negata con fermezza la possibilità di accordare alla Convenzione un rilievo giuridico del tutto diverso (e addirittura inferiore) rispetto a quello attribuito alle norme comunitarie (o, più genericamente, dell'Unione europea, ormai). Se, infatti, da un lato, il documento normativo del 1950 costituisce un parametro di riferimento adoperato dalla Corte di giustizia per controllare la legittimità di regolamenti, direttive e decisioni (nonché per valutare l'eventuale responsabilità extracontrattuale dell'Unione), ma anche un limite interpretativo e

Se molte critiche aveva già sollevato, dunque, la scelta di collocare la CEDU, al pari di tutti gli altri trattati⁶⁰, in una zona «mediana tra il piano costituzionale e quello primario»⁶¹, ancor meno condivisibile appare oggi la decisione di accordare alle norme della Convenzione (fonte sostanzialmente prevalente rispetto allo stesso diritto dell'Unione europea) un valore addirittura inferiore rispetto a quello riservato ai diritti inviolabili contenuti nella Costituzione⁶² o ai diritti soggettivi comunque tutelati all'interno di leggi ordinarie⁶³.

3. LA NUOVA LETTURA COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA DELL'ART. 2059 C.C. ED UNA NON CHIARA INTERPRETAZIONE DEL CONCETTO DI DIRITTO INVIOLABILE DELL'UOMO

La scelta delle Sezioni Unite di escludere i diritti proclamati dalla Convenzione europea del 1950 dalle situazioni giuridiche soggettive meritevoli come tali di tutela non patrimoniale sembra collidere, d'altra parte, in maniera inaudita con la precisazione fornita dalla stessa Corte Suprema nelle sentenze del 2008 secondo cui «il catalogo dei casi *in cui è possibile ravvisare gli estremi per il riconoscimento del danno non patrimoniale* non costituisce numero chiuso»⁶⁴, poiché, «la tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente

applicativo rispetto alle stesse norme dei Trattati (cfr. le sentenze della Corte di giustizia 11 luglio 2002 in causa n. C-60/00, *Carpenter*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6279 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 528; 12 giugno 2003 in causa n. C-112/00, *Schmidberger*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 5659, punto 74 e massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 558; del 18 dicembre 2007 in causa n. C-341/05, *Laval un Partneri Ltd*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 11767, punti 93 e 94; e del 14 ottobre 2004 in causa n. C-36/02, *Omega*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 9609, punto 35, massimata in questa *Rivista*, 2005, p. 87, in *Corr. giur.*, n. 4/2005, con nota di R. CONTI, *La dignità umana dinanzi alla Corte di Giustizia*) – e presto un obbligo giuridicamente vincolante per tutti gli organi dell'Unione europea –, e, dall'altro, le fonti comunitarie (dell'Unione europea, oggi) rivestono una natura sovranazionale (perfino "sovra-costituzionale", secondo una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, ben rappresentata dalle sentenze *Internationale Handelsgesellschaft* del 17 dicembre 1970 in causa n. 11/70, in *Raccolta*, 1970, p. 1125, punto 3 e *Keller* dell'8 ottobre 1986 in causa n. 234/85, in *Raccolta*, 1986, p. 2897, punto 7), è difficile ammettere che alla CEDU si possa attribuire genericamente in Italia un valore sub-costituzionale (cfr. R. CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, in *Corr. giur.*, n. 2/2008, p. 211); perfino meno rilevante, cioè, di quello riconosciuto alle fonti del diritto comunitario derivato. Si consideri, da questo punto di vista, che anche recentemente la Corte di Lussemburgo ha rilevato l'esistenza di una sorta di "costituzione europea sostanziale", derivante non solo dai Trattati istitutivi della Comunità e dell'Unione europea, ma anche dai principi generali desumibili dalle tradizioni costituzionali comuni e dagli accordi internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno aderito (primo fra tutti la CEDU). Cfr. la sentenza della Grande Sezione, *Kadi*, del 3 settembre 2008 in cause riunite n. C-402/05 e n. C-415/05 P, in *Raccolta*, 2008, I, p. 6351.

⁶⁰ Pur riconoscendone la particolarità rispetto a questi ultimi. Cfr. il par. 4.6. della sentenza n. 348/2007 ed i par. 6.1.2. e 6.2. della sentenza n. 349/2007.

⁶¹ Così A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità*, *cit. supra*, nota 47.

⁶² Non a caso P. G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in AA. VV., *Il danno non patrimoniale*, *cit. supra*, nota 1, p. 254, ha provocatoriamente parlato della possibilità di «suggerire agli incaricati che curano il sito della Cassazione di cancellare il *link* da loro inserito alla giurisprudenza di Strasburgo».

⁶³ Se si considera quanto ha rilevato un autorevole studioso, ossia che «riesce difficilmente sostenibile (...) che i danni recati alla persona, ai quali non sembra possibile, e giusto, riconoscere un valore inferiore a quelli inferti ai beni-interessi patrimoniali, debbano essere risarciti nei soli casi stabiliti dalla legge» (così R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale*, *cit. supra*, nota 1, p. 488), si comprende quanto possa risultare ingiustificata l'introduzione di limitazioni come quelle prospettate dalle Sezioni Unite con riferimento ai diritti predicati nella CEDU.

⁶⁴ Così nel punto 2.14. della sentenza n. 26972 del 2008 (corsivi aggiunti).

momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost.⁶⁵ ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana»⁶⁶.

Si noti che l'ultimissimo inciso del paragrafo sembra infelicemente formulato, poiché, soprattutto se letto separatamente dal resto della sentenza e considerato come asserzione conclusiva dell'intero *iter* ricostruttivo delle Sezioni Unite, non consente di comprendere se nell'ottica dei giudici di legittimità possano essere considerati diritti inviolabili di rango costituzionale solo (e tutti) i diritti riconosciuti come assolutamente insopprimibili nell'ordinamento giuridico italiano, a prescindere da una loro esplicita proclamazione all'interno della Carta del 1948 (per cui avrebbero rango costituzionale "in quanto attengono" a posizioni inviolabili della persona umana); o se, viceversa, come tali debbano essere considerati solo quelli espressamente predicati nella Costituzione e magari non definiti come inviolabili dal Costituente (di guisa che essi godrebbero del carattere della inviolabilità per il semplice fatto di avere un loro esplicito riferimento nella Costituzione)⁶⁷.

La prima possibile interpretazione appare inconcepibile, non foss'altro perché non sembra esistere nell'ordinamento (italiano) alcun diritto soggettivo (a parte, forse, la "dignità umana", intesa però come nucleo essenziale di ogni diritto fondamentale) che si possa considerare "inviolabile" in senso assoluto⁶⁸: perfino il diritto alla vita può essere compresso per legittima difesa, e ogni altro diritto (anche se formalmente definito come inviolabile) potrebbe essere limitato a seguito di un bilanciamento con contrapposti interessi meritevoli della stessa, massima tutela⁶⁹. Fortemente criticabile si mostra, da questo punto di vista, uno dei passaggi contenuti nella sentenza n. 26792 del 2008,

⁶⁵ Uno dei più strenui sostenitori di tale condivisibile lettura aperta dell'art. 2 della Costituzione è da sempre apparso A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1975, p. 84 ss., il quale però rinvia anche alle dichiarazioni internazionali. Cfr., in senso conforme, F. BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1091 ss. ed E. CANNIZZARO, *Gerarchia e competenza nei rapporti fra trattati e leggi interne*, in *Riv. dir. int.*, 1993, p. 368 ss. Contrari ad un simile orientamento, e più propensi a vedere nella disposizione costituzionale una "clausola riassuntiva" dei diritti contenuti nel testo costituzionale, sembrano A. PACE, *Diritti "fondamentali" al di là della Costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 5 e 8; P. GROSSI, *Inviolabilità dei diritti*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, vol. XXII, 1974, p. 719 ss.; P. CARETTI, *Stato, regioni, enti locali tra innovazione e continuità*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 137. Per una completa ricostruzione delle varie teorie proposte in dottrina, cfr. C. BOLOGNA, *Il recepimento delle "dichiarazione dei diritti"*, in www.cahiers.org.

⁶⁶ Così nel punto 2.14. della sentenza n. 26972 del 2008.

⁶⁷ C. SCOGNAMIGLIO, *La nuova responsabilità precontrattuale ed il danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1464 ss., sia pur affrontando il problema con specifico riferimento al danno non patrimoniale da responsabilità precontrattuale, evidenzia la necessità di intendere «il parametro della inviolabilità non come relativo ai diritti della persona espressamente qualificati come inviolabili dalla Costituzione, bensì a tutti i diritti della persona, costituzionalmente garantiti, che, secondo la valutazione dell'interprete, attengono al nucleo inviolabile, appunto, della tutela della persona umana».

⁶⁸ Interessante può apparire, da questo punto di vista, richiamare la norma sancita nell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'uomo, in cui si ammette esplicitamente la possibilità per gli Stati membri di prevedere delle limitazioni ai diritti contenuti nel documento proclamato a Nizza nel 2000. Sul punto sia consentito rinviare ad A. FERRARO, *Le Disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello Spazio Giuridico Europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005, p. 534 ss.

⁶⁹ Si rammenti, sotto questo profilo, che sin dalla prima sua sentenza (la n. 1 del 1956), la stessa Corte costituzionale, occupandosi del diritto fondamentale a manifestare il proprio pensiero, ha evidenziato che «il concetto di limite é insito nel concetto di diritto e che nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile».

laddove i giudici supremi asseriscono che non spetta il rango di diritto inviolabile al «diritto alla libera circolazione di cui all'art. 16 Cost., che può essere limitato per varie ragioni»: se effettivamente dovessero essere considerati inviolabili (come suggerisce il brano citato) unicamente i diritti che non possono mai subire limitazioni, allora risulterebbe difficile (se non impossibile) individuarne anche uno solo⁷⁰. Lo stesso art. 13 Cost. definisce *apertis verbis* come inviolabile la libertà personale, ma subito prevede delle ipotesi in cui essa può essere limitata. Così come accade, del resto, per il diritto alla riservatezza (artt. 2 e 3 Cost.), il diritto alla salute⁷¹ (art. 32 Cost.), i diritti della famiglia⁷² (artt. 2, 29 e 30 Cost.) e per ognuno degli altri diritti richiamati (in modo incompleto ed approssimativo⁷³) dalle Sezioni Unite come situazioni giuridiche soggettive contrassegnate dalla "inviolabilità"⁷⁴.

La seconda lettura contrasterebbe con la stessa impostazione delineata dalla Sezioni Unite (e desumibile dalla lettura di altre parti della sentenza n. 26972/2008), secondo la quale, ad esempio, sembrerebbe doversi negare il carattere della "inviolabilità" (e quindi la possibilità di godere della c.d. "tutela risarcitoria non patrimoniale minima") al diritto di proprietà (ancorché, peraltro, quest'ultimo venga menzionato nella Costituzione con una formula assai simile a quella adoperata per riconoscere e tutelare i diritti della famiglia⁷⁵) o alla libertà di iniziativa economica (oggi enucleata, proprio come il diritto di proprietà, tra le situazioni giuridiche protette dalla Carta di Nizza)⁷⁶, o al diritto alla sicurezza (anch'esso predicato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)⁷⁷.

Quale che sia il significato da attribuire all'opzione ermeneutica tracciata dalle Sezioni Unite, certamente la scelta dei giudici supremi sembra cozzare vistosamente con l'interpretazione data dalla stessa Corte costituzionale al concetto di "diritto inviolabile"⁷⁸.

⁷⁰ Si rinvia, sul punto, alle acute osservazioni di G. GRISI, *Il danno (di tipo) esistenziale*, cit. supra, nota 1, p. 395 ss.

⁷¹ Ritenuto "inviolabile" dalla Corte Suprema, ma definito come "fondamentale" dalla Costituzione.

⁷² Considerati "inviolabili" dalle Sezioni Unite, ma non dalla Costituzione.

⁷³ Come ha acutamente osservato D. POTETTI, *Sintesi, elaborazione e osservazioni sulla sentenza delle Sezioni Unite Civili, n. 26972 del 2008, in tema di danno non patrimoniale*, in www.csm.it, p. 6, con dovizia di riferimenti giurisprudenziali, «la Costituzione attribuisce espressamente il carattere della inviolabilità a quattro diritti: la libertà personale (art. 13), quella di domicilio (art. 14), la libertà e segretezza della corrispondenza (art. 15), il diritto alla difesa (art. 24, comma 2). Ciò tuttavia (...) non consente di affermare che altri diritti riconosciuti dalla Costituzione siano necessariamente privi (...) del carattere della inviolabilità, stabilito dall'art. 2 Cost. Infatti, la Corte Costituzionale ha affermato che devono essere considerati inviolabili anche (...) il diritto alla vita, (...) il diritto alla libera manifestazione del proprio pensiero, (...) il diritto di contrarre matrimonio, (...) il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa, (...) il diritto di associazione, (...) il diritto alla salute, (...) i diritti della persona nella famiglia, (...) il diritto di avere una famiglia, (...) i diritti dei minori all'istruzione, al mantenimento e all'educazione (...)», ma anche (come evidenzia lo stesso autore, p. 7) il diritto sociale all'abitazione, il diritto di abbandonare il proprio Paese, il diritto alla propria formazione culturale ed il diritto al nome.

⁷⁴ Cfr. G. REYNAUD, *Il danno non patrimoniale dopo l'intervento della Cassazione a Sezioni Unite: qualche certezza e molti dubbi*, in AA. VV., *Il danno non patrimoniale*, cit. supra, nota 1, p. 379. Ancora una volta verrebbe da chiedersi, a tacer d'altro, se possa essere l'organo nomofilattico a giudicare quali dei diritti riconosciuti nella Costituzione debbano dirsi inviolabili e quali invece non godano di una siffatta qualità.

⁷⁵ Di mero "riconoscimento" si parla con riferimento ad entrambe le tipologie di diritti. Con la differenza, però, che per la proprietà privata si precisa che è pure «garantita dalla legge».

⁷⁶ Vedasi, al riguardo, M. PARADISO, *Il danno esistenziale*, in AA. VV. (a cura di), *I danni: verso quali prospettive?*, cit. supra, nota 34, p. 21.

⁷⁷ Cfr. la sentenza della III sez. civ. della Suprema Corte, n. 3284 del 12 febbraio 2008, richiamata da G. FACCI, *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 127.

⁷⁸ Sul tema si rinvia a M. FRANZONI, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contr. Impr.*, 1/2009, p. 3. Si consideri che, peraltro, gli stessi giudici della Corte di cassazione in pronunce successive a quelle del novembre del 2008 sembrano accordare a tale espressione

Anzitutto, va segnalato che, sebbene per la dottrina costituzionalistica prevalente sia scontato parlare di una lettura aperta dell'art. 2 della Costituzione, il giudice delle leggi non ha mai sino ad ora sposato apertamente una simile visione della disposizione costituzionale (pur non avendo neanche aderito esplicitamente alla lettura chiusa della norma in questione)⁷⁹.

Ed in ogni caso, se pur si scelga (più o meno correttamente) di uniformarsi ad una ben precisa visione dottrinale dell'art. 2 Cost. (piuttosto che ai precedenti della Corte costituzionale), non può essere comunque trascurato che lo stesso concetto di "inviolabilità" viene richiamato, sia dai più autorevoli studiosi del diritto costituzionale sia dalla Consulta medesima⁸⁰, in un senso completamente diverso da quello al quale sembrano riferirsi le Sezioni Unite, e precisamente non solo (o non tanto) come sinonimo «di intangibilità rispetto a qualsivoglia potere pubblico o soggetto privato»⁸¹, quanto di essenzialità «al fine della realizzazione della forma di stato democratico, sociale e di diritto»⁸², o, ancora, di «patrimonio irretrattabile della persona»⁸³ e di «irrevedibilità costituzionale»⁸⁴; caratteristiche che atterrebbero, d'altra parte, «al solo nucleo essenziale» di tali situazioni giuridiche attive⁸⁵ (ossia al c.d. *Wesengehalt*, ben noto alla dottrina e alla giurisprudenza tedesche e spagnole⁸⁶).

L'impressione che si trae dalla lettura delle parole dei giudici di legittimità è che effettivamente le Sezioni Unite si siano impelagate in distinzioni (tra diritti fondamentali e diritti inviolabili) «malferme ed opinabili» – e che, «per di più, nemmeno inducono nel quadro alcuna semplificazione» –, trascurando la «matrice unitaria che indubbiamente

significati differenti, talvolta «in rotta di collisione con l'impianto teorico disegnato soltanto pochi mesi prima». Così P. ZIVIZ, *Le "magnifiche sorti e progressive" dell'impianto teorico disegnato dalle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, n. 4 del 2009, p. 765 ss., alla quale si rinvia per l'analisi di alcune di dette sentenze supreme.

⁷⁹ Cfr. la Relazione, «I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale», predisposta in occasione dell'incontro della delegazione della Corte costituzionale con il Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia (Varsavia 30-31 marzo 2006), reperibile sul sito www.corte-costituzionale.org/informazione/file/STU185_principi.pdf, p. 3 ss.

⁸⁰ Per un ampio quadro ricostruttivo, cfr. E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, n. 2/2008, p. 284 ss.

⁸¹ Così P. G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, cit. *supra*, nota 62, p. 56, rinviando a BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Trecc.*, XI, Roma, Treccani, 1989, *passim*. Cfr., inoltre, U. DE SERVIO, *Origine e significato della rigidità della nostra Costituzione*, in E. RIPEPE - R. ROMBOLI (a cura di), *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 8 ss.

⁸² A. PIZZORUSSO, *Persone fisiche*, in A. SCIALOJA - F. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1988, p. 30. La stessa Corte costituzionale ha parlato di diritti dotati di «carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal costituente» (sentenza n. 366 del 1991), ed appartenenti «all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana» (sentenza n. 1146 del 1988).

⁸³ Così nella sentenza costituzionale n. 11 del 1956. Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit. *supra*, nota 81, p. 29; e P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, II ed., Torino, Giappichelli, 2005, *passim*.

⁸⁴ Cfr. le sentenze della Corte costituzionale n. 366 del 1991, n. 183 del 1973, n. 1146 del 1988, n. 232 del 1990, acutamente richiamate da D. POTETTI, *Sintesi, elaborazione e osservazioni* cit. *supra*, nota 73, p. 6, secondo il quale «di conseguenza, la Corte costituzionale ha affermato la propria potestà di giudicare dell'illegittimità costituzionale di leggi costituzionali che violassero i suddetti diritti inviolabili». Si rinvia, sul punto, a P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1972, p. 145; e a P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 53 ss.; *contra*, A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte generale*, III ed., Padova, Cedam, 2003, p. 41 ss.

⁸⁵ E. LAMARQUE, *Il nuovo danno non patrimoniale*, cit. *supra*, nota 1, p. 368.

⁸⁶ Cfr., anche a fini bibliografici, A. FERRARO, *Le Disposizioni finali della Carta di Nizza*, cit. *supra*, nota 68, p. 537.

accomuna le due categorie di diritti»⁸⁷. Circostanza confermata dalla esplicitazione fornita in un recente testo (proveniente dalla Corte costituzionale) ove si legge che «nell'uso corrente "diritti umani", "diritti inviolabili", "diritti costituzionali" e "diritti fondamentali" sono utilizzati in modo promiscuo ma equivalente, e stanno ad indicare diritti che dovrebbero essere riconosciuti ad ogni individuo in quanto tale»⁸⁸.

Si consideri, del resto, che in nessuna delle pronunce (comprese le più antiche) della Corte costituzionale riguardanti il danno non patrimoniale esiste un esplicito riferimento alla necessità di garantire la tutela risarcitoria non patrimoniale ai soli diritti inviolabili, ma semmai compare un costante rinvio alle "situazioni soggettive costituzionalmente garantite"⁸⁹, ai "diritti personali costituzionalmente protetti"⁹⁰, o più genericamente ai "diritti fondamentali dell'uomo"⁹¹.

Vi è chi, in dottrina, ridimensionando radicalmente il problema, ha rilevato che «il rigore di un riferimento che comprende esclusivamente il novero dei diritti inviolabili viene, in realtà, fortemente temperato dal fatto che l'elenco degli stessi appare sostanzialmente aperto» (posto che, come si afferma, «la risarcibilità dev'essere assicurata (...) a fronte della lesione di qualunque diritto della persona di cui all'art. 2 Cost.»)⁹².

Al di là dei rischi legati alla possibilità di favorire, per tale via, il configurarsi di quello che qualche autore ha icasticamente definito «un futuro potenzialmente carico di nubi per il diritto vivente»⁹³, si consideri che, al secco divieto di riconoscere direttamente

⁸⁷ G. GRISI, *Il danno (di tipo) esistenziale*, cit. supra, nota 1, p. 393 ss. L'autore sottolinea che «"fondamentali", "inviolabili", "supremi" sono tutte qualificazioni che, associate ai diritti come ai principi, non conferiscono (...) distinte valenze, ma sono da apprezzare quali mere varianti terminologiche».

⁸⁸ Così nella Relazione «I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale», cit. supra, nota 79, p. 2.

⁸⁹ Cfr. la sentenza n. 87 del 1979 (richiamata dalle stesse Sezioni Unite, ma con una singolare manipolazione del contenuto), nonché la pronuncia n. 88 del 1979, in cui la Consulta asserisce che il diritto alla salute «certamente é da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione».

⁹⁰ Vedasi la sentenza n. 372 del 27 ottobre 1994.

⁹¹ Cfr. l'ordinanza della Corte costituzionale n. 293 del 22 luglio 1996.

⁹² A sostenerlo è P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, cit. supra, nota 1, p. 102. Secondo l'autrice «è questo, allora, l'ingranaggio fondamentale che dovrà essere azionato (...) dall'interprete: il quale potrà evocare, tra le posizioni protette dalla norma costituzionale, il diritto alla dignità umana, la cui inviolabilità risulta solennemente riconosciuta dall'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». Ciò che lascia perplessi, e al contempo evidenzia tutti i rischi insiti nella recente impostazione proposta dalle Sezioni Unite, è proprio questa conseguenza al limite del paradossale: una volta negata la possibilità di riconoscere la tutela minima risarcitoria ad un elenco più o meno ben determinato e limitato di diritti (fondamentali) riconosciuti da un documento di diritto internazionale firmato da 47 Paesi europei (la CEDU appunto), si consente di fatto ai giudici di ricavare una infinità di diritti inviolabili da una norma, come quella di cui all'art. 2 della Cost., assolutamente aperta e dalla quale appare possibile far discendere in via interpretativa il più generale diritto inviolabile alla dignità umana. Il rinvio alla dignità umana (desumibile dagli artt. 2 e 3 Cost. secondo le Sezioni Unite), quale categoria per sua natura generalizzante, apre il solco al riconoscimento, difficilmente controllabile, di molteplici diritti e pretese (compresi quelli immeritevoli di protezione nell'attuale assetto giuridico italiano secondo la stessa Corte di cassazione): garantire la dignità della persona potrebbe voler dire ad esempio consentirle di godere di una tutela non patrimoniale della proprietà anche in assenza di reato, o di poter invocare il risarcimento non solo per la perdita di una normale vita sessuale col proprio coniuge, ma anche col proprio convivente (magari dello stesso sesso).

⁹³ Così F. PECCENINI, *Il 2008 guarda al 2003 ... con la speranza di non dover attendere il 2013*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, cit. supra, nota 1, p. 316, il quale si è chiesto «fino a che punto si spingerà la fantasia (...) dell'interprete nel ricercare i segnali di questa emersione». Di identico avviso appare E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti*, cit. supra, nota 80, p. 274, la quale ha, in tempi non sospetti, posto l'accento sul «rischio che i giudici comuni assumano il monopolio assoluto nell'ordinamento delle scelte relative ai diritti, agendo prima ed indipendentemente dagli organi rappresentativi e al di fuori di ogni supervisione da parte del giudice delle leggi».

tutela risarcitoria non patrimoniale anche alle situazioni giuridiche contemplate nella CEDU, ben potrebbe accompagnarsi di fatto la scelta di qualche interprete (un po' "ribelle") di garantire comunque protezione (magari in modo più o meno velato) a diritti desumibili dalla Convenzione⁹⁴, servendosi proprio dell'ampio potere attribuitogli dai giudici supremi di operare interpretazioni evolutive dell'art. 2 Cost.⁹⁵, e rinviando alle previsioni di cui all'art. 117 Cost., in cui si parla degli obblighi di diritto internazionale, necessariamente vincolanti non soltanto per il legislatore (come sembrerebbe doversi desumere letteralmente dalla disposizione costituzionale), ma per tutte le autorità pubbliche (secondo la visione unitaria di Stato più volte espressa dalle Corti internazionali e dagli stessi studiosi di diritto internazionale)⁹⁶.

Verrebbe in tal modo garantito dalla tanto vituperata "giurisprudenza di prossimità" ciò che l'organo deputato ad una funzione nomofilattica non ha inteso difendere adeguatamente, ossia il principio, ormai consolidato nella giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo cui vi è un inscindibile ed irrinunciabile «rapporto di integrazione, attraverso l'interpretazione, tra la Costituzione e gli elenchi di diritti contenuti nei trattati internazionali (...) che dà luogo, come risultato concreto, ad una sorta di incorporazione a fini interpretativi delle carte dei diritti nel parametro costituzionale»⁹⁷.

Pur condividendo a pieno i dubbi legati alla circostanza che «l'emersione incontrollata in via giurisprudenziale di nuovi diritti costituzionali suscettibili di applicazione orizzontale, oltre a provocare una potenziale restrizione di altri diritti

⁹⁴ Dello stesso avviso appare G. COMANDÈ, "Comare formica", *il danno non patrimoniale, le Sezioni Unite e gli operatori del diritto*, in AA. VV., *Il danno non patrimoniale*, cit. supra, nota 1, p. 168-169.

⁹⁵ D'altronde, come ha evidenziato F. GAZZONI, *L'art. 2059 c.c. e la Corte costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, in *Resp. civ.*, 2003, p. 1306 «tutti, ma proprio tutti gli interessi che fanno capo alla persona (...) hanno o possono avere rilevanza costituzionale ex art. 2 Cost.». Sul problema, si rinvia a V. TOMARCHIO, *L'unitarietà del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2009, p. 320 ss.

⁹⁶ Sul tema sia consentito rinviare ad A. FERRARO, *Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti*, cit. supra, nota 47, p. 704 ss. Servirà ricordare, in particolare, che una serie di recenti misure legislative riguardanti l'introduzione di meccanismi di rivalsa dello Stato nei confronti degli enti pubblici, territoriali e non, resisi responsabili di violazioni della CEDU, e, di conseguenza, di danni erariali allo Stato (cfr. l'art. 1, c. 1217 ss., della legge 27 dicembre 2006, n. 296 – legge finanziaria del 2007 – commentata da A. COSSIRI, *Una norma di sistema nella finanziaria? La responsabilità delle autonomie locali per violazione CEDU, secondo la finanziaria 2007*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI [a cura di], *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 83 ss.) dimostrano chiaramente come l'intenzione del legislatore sia ben diversa da quella espressa dai giudici supremi e vada nella direzione di attribuire alla Convenzione il valore di fonte vincolante non solo per l'organo legislativo (il quale ha l'obbligo di adoperarsi per espungere tutte le norme contrastanti col corpo normativo in questione), ma anche, e direttamente per tutte le autorità giurisdizionali statali e, più genericamente, tutti i soggetti pubblici.

⁹⁷ Così E. LAMARQUE, *Il nuovo danno non patrimoniale*, cit. supra, nota 1, p. 368, riferendosi anche a due recenti sentenze costituzionali in tema di consenso informato – Corte cost. n. 438 del 23 dicembre 2008 – e di diritto di difesa – Corte cost. n. 182 del 30 maggio 2008. Cfr. per tutte, la sentenza n. 388 del 22 ottobre 1999, nella quale il giudice delle leggi afferma che «i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione: non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 Cost., sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coessenziali alla dignità della persona, ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione» (così punto 2.1 in diritto). Tacendo sulla possibilità di un simile utilizzo indiretto delle norme convenzionali da parte dei giudici (o escludendola *in nuce*), la presa di posizione suprema dello scorso novembre 2008 appare, in effetti, come ha rilevato la stessa E. LAMARQUE, *loc. cit.*, p. 370, «molto più rigida e limitativa di quella fatta propria dalla Corte costituzionale e dalla maggior parte degli studiosi che predicano la necessità di procedere ad una lettura "aperta" dell'art. 2 Cost.».

espressamente previsti dalla Costituzione, porta sempre con sé, inevitabilmente l'emersione di nuovi, corrispondenti, obblighi e doveri a carico di altri individui (...)»⁹⁸, o ancora al fatto che se «operato dai giudici comuni e non dalla Corte costituzionale, il bilanciamento giudiziale tra diritti costituzionali scaturente dalla enucleazione in via giurisprudenziale di un nuovo diritto anticipa e in definitiva si sostituisce al bilanciamento legislativo, rischiando molto spesso di risolversi in un'ammissibile usurpazione di scelte che invece spetterebbero alla discrezionalità del legislatore»⁹⁹, non si può al contempo negare che i summenzionati rischi, lungi dall'essere fugati, emergono in tutta la loro potenziale pericolosità per la certezza del diritto, se non si introduce un adeguato e coerente limite alla *vis creativa* dei giudici.

La soluzione più adeguata per realizzare ciò si sarebbe dovuta sostanziare, forse, in un chiaro monito per le autorità giurisdizionali ad ancorare scrupolosamente l'enucleazione in via giurisprudenziale di nuovi diritti meritevoli di tutela non patrimoniale al dato normativo scritto, e quindi anche agli accordi di diritto internazionale (che sono comunque fonti sovraordinate rispetto alla legge e sulle quali il legislatore si è già in qualche modo pronunciato, rendendole esecutive in Italia), a maggior ragione se stipulati proprio a difesa dei diritti fondamentali della persona¹⁰⁰.

4. Il rischio di nuovi, inauspicabili contrasti fra Corti

L'orientamento proposto recentemente dalle Sezioni Unite sembra aggravare lo stato di costante, e più o meno manifesto, contrasto dell'ordinamento italiano (e sempre più frequentemente della sua *law in action*) con una serie di pronunce della Corte di Strasburgo, dimostrando chiaramente che la delicata questione del rapporto tra diritto nazionale e sistema CEDU può oggi dirsi tutt'altro che risolta.

Secondo l'impostazione fornita dai giudici supremi, il diritto di proprietà, ad esempio, non sembrerebbe poter rientrare tra i diritti inviolabili tutelati dalla Costituzione¹⁰¹, per cui al di là delle ipotesi in cui il soggetto abbia subito un vero e proprio reato o sia stato comunque leso nel godimento della sua situazione soggettiva in violazione di una specifica legge che preveda il diritto al risarcimento del danno (anche non patrimoniale), sembrerebbe doversi evincere che il cieco, privato illegittimamente dell'aiuto (in ipotesi, difficilmente sostituibile) del suo cane d'affezione non potrebbe invocare alcuna pretesa risarcitoria non patrimoniale¹⁰²; così come (essendo riconosciuti secondo la nostra

⁹⁸ Così ancora E. LAMARQUE, *op. ult. cit.*, p. 370. La studiosa, riproponendo le perplessità già rilevate da autorevoli studiosi (come A. PACE, *Diritti "fondamentali" al di là della Costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 4 ss.), conclude sostenendo che «tutti i nuovi diritti emersi in via giurisprudenziale, anche i più strampalati, essendo presentati come diritti di rango costituzionale, potrebbero a quel punto essere smentiti o limitati, o anche diversamente configurati, soltanto a seguito di un improbabile intervento del legislatore costituzionale, e non attraverso la normale via della legislazione primaria».

⁹⁹ E. LAMARQUE, *cit. supra*, nota 97, p. 371. Contrario ad una siffatta visione appare A. GUAZZAROTTI, *Diritti inviolabili e creatività giurisprudenziale: una risposta ad Elisabetta Lamarque*, in *Quad. cost.*, n. 2/2009, p. 303 ss.

¹⁰⁰ Sarebbe, d'altra parte, assurdo pensare alla possibilità che nel caso di contrasto tra diritto CEDU e diritto costituzionale debba (per espressa indicazione della Corte costituzionale) prevalere quest'ultimo, il quale ben potrebbe però soccombere nel bilanciamento con diritti ritenuti inviolabili per semplice scelta (o sensibilità – per non dire gusto – personale) del giudice comune.

¹⁰¹ Nel par. 3.9. della citata sentenza n. 26972/2008, le Sezioni Unite richiamano adesivamente quanto deciso dalla stessa Suprema Corte con la pronuncia n.14846/2007, evidenziando che «per difetto dell'ingiustizia costituzionalmente qualificata (...) non è stato ammesso a risarcimento il pregiudizio sofferto per la perdita di un animale (un cavallo da corsa) incidendo la lesione su un rapporto, tra l'uomo e l'animale, privo, nell'attuale assetto dell'ordinamento, di copertura costituzionale».

¹⁰² Con specifico riferimento all'esempio qui richiamato, cfr. le osservazioni critiche di M. FRANZONI, *I diritti della personalità*, *cit. supra*, nota 78, p. 3 e p. 13, nonché di P. CENDON, *Cass. S.U. 26972/2008: Non*

Costituzione solo «i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio») non parrebbe potersi estendere al convivente *more uxorio* «il diritto del coniuge ad avere normali rapporti sessuali con l'altro coniuge in ipotesi menomato»¹⁰³.

Sarebbe interessante vedere quale posizione assumerebbe al riguardo la Corte di Strasburgo; ma è probabile immaginare che giungerebbe a conclusioni diametralmente opposte rispetto a quelle cui è pervenuta la Suprema Corte di cassazione italiana¹⁰⁴.

Del resto, oltre che relativamente all'*an* della tutela, anche sul più generico piano del *quomodo* della garanzia risarcitoria non patrimoniale da accordare ai diritti contenuti nella CEDU, pare che i fatti abbiano già smentito quanto affermato dalle Sezioni Unite, dimostrando la necessità di riconoscere una incondizionata prevalenza del diritto vivente formatosi attorno alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto alla previsione di cui all'art. 2059 c.c. – esattamente come è stato immaginato nella sentenza n. 26972/2008 con riferimento al (solo) diritto comunitario –¹⁰⁵.

Per convincersene, potrebbe bastare richiamare quanto sta accadendo in materia di risarcimento dei danni morali derivanti da irragionevole durata del processo o da interventi ablatori pubblici illegittimi, ove si sta consumando un vero e proprio braccio di ferro tra Corti, dagli esiti non ancora del tutto prevedibili¹⁰⁶.

con l'accetta per favore, in www.personaedanno.com, *passim*; e di D. CHINDEMI, *Una nevicata su un campo di grano*, *cit. supra*, nota 17, p. 147-148. Si consideri, peraltro, che, il legislatore ordinario, lungi dall'abrogare il reato di uccisione o danneggiamento di animali altrui (art. 638 c.p.), ha introdotto dal 1° agosto 2005 nuove figure di reati concernenti gli animali: cfr. gli artt. 544 *bis* («uccisione di animali») e 544 *ter* («maltrattamento di animali»). Vedasi al riguardo M. RODOLFI, *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, *cit. supra*, nota 1, p. 397.

¹⁰³ R. DEL PUNTA, *Il nuovo regime del danno non patrimoniale*, *cit. supra*, nota 1, p. 519.

¹⁰⁴ Sul punto si rinvia a S. FILIPPI, *Lesione del diritto di proprietà e danno non patrimoniale: per le SS. UU. questo matrimonio non s'ha da fare*, in *La resp. civ.*, 2009, p. 58 ss., secondo il quale «il diritto dominicale estromesso dalla "casa dei diritti inviolabili" con la Costituzione Repubblicana» vi avrebbe «oggi fatto rientro attraverso la finestra che si è aperta con l'elevazione dei principi espressi nella CEDU a "normativa interposta"».

¹⁰⁵ E non erra, probabilmente, chi ha evidenziato che, nel caso in cui «la giurisprudenza della Corte EDU, nell'intervenire con riferimento ad uno di tali diritti affermi che la sua lesione dà luogo a risarcimento anche del danno non patrimoniale (...) sembra palese che la norma dell'art. 2059 c.c. ove non consenta nell'interpretazione data dalle SS.UU. di individuare un riscontro normativo espresso della risarcibilità di quel danno (...) si presenterebbe *tendenzialmente* (...) incostituzionale nella parte in cui non consentisse il risarcimento nel nostro ordinamento interno del danno non patrimoniale». Così R. FRASCA, *Spigolature su taluni interrogativi e su qualche questione che pone l'applicazione del "quartetto" di sentenze rese dalle SS.UU. sul danno esistenziale nel novembre del 2008*, in www.csm.it.

¹⁰⁶ Si consideri che, anche in materia di risarcimento per irragionevole durata del processo, la I sez. civ. della Corte di cassazione ha più volte ribadito un orientamento che si presenta assolutamente contrario a quello suggerito dalla Corte di Strasburgo. Cfr. la sentenza n. 14 del 3 gennaio 2008 (pubblicata in *Danno e resp.*, n. 8-9/2008, p. 861 ss., con nota di A. VENTURELLI, *Danno da irragionevole durata del processo: continua la deriva indennitaria del rimedio ex lege Pinto*; ed in *Foro it.*, 2008, I, c. 1469 ss., con nota di S. R. MASERA, *Ragionevole durata del processo tra Corte europea dei diritti dell'uomo, Cassazione e Corte costituzionale*), ove i giudici di legittimità affermano che «ai fini dell'indennizzo del danno non deve aversi riguardo (...) ad ogni anno di durata del processo presupposto, ma soltanto al periodo eccedente il termine ragionevole di durata (...), essendo il giudice nazionale tenuto, nella ipotesi in esame, ad applicare la legge dello Stato, e, quindi, il disposto della l. n. 89 del 2001, art. 2, comma 3, lett. a., non potendo darsi alla giurisprudenza della Cedu, in questione, diretta applicazione nell'ordinamento giuridico italiano con il disapplicare la norma nazionale su indicata (come invece sarebbe possibile per la normativa comunitaria)». La Corte europea dei diritti dell'uomo ha invece stabilito sin dal 10 novembre 2004, che «per ciò che concerne la valutazione in equità del danno morale subito in ragione della durata d'una procedura, la Corte reputa che una somma variante da 1.000 a 1.500 euro per anno di durata della procedura (e non per anno di ritardo) è una base di partenza per il calcolo da effettuare». La contraria impostazione dei giudici di legittimità italiani è stata, però, confermata recentemente (senza neanche interrogare la Corte costituzionale sul punto), con la sentenza (sempre della Prima Sezione della Suprema Corte) n. 10415 del 6 maggio 2009, ove si è dichiarata «manifestamente infondata, ancora una volta, la questione di costituzionalità eccepita

Si rinvia, a titolo meramente esemplificativo, alla recente sentenza della Corte europea, in cui si legge che di fronte ad un'occupazione illegittima «la violazione subita ha arrecato alle parti private un danno morale certo, risultante dalla sensazione d'impotenza e di frustrazione di fronte all'espropriazione illegale dei loro beni»¹⁰⁷. È difficile immaginare che le giurisdizioni italiane possano continuare a rifiutarsi di concedere liquidazioni di danni morali per mancanza di uno dei requisiti previsti dal combinato disposto dell'art. 2043 c.c. e 2059 c.c., o, molto più semplicemente, per mancata allegazione di prove sufficienti circa la sussistenza degli elementi strutturali dell'illecito aquiliano. Se ciò dovesse accadere, infatti, è molto probabile che, esaurite senza successo le vie di ricorso interno, il privato ottenga comunque una siffatta tutela risarcitoria, grazie ad un intervento di condanna dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo, la quale, come si è già accennato, a differenza della Corte di Lussemburgo, solitamente non rinvia agli ordinamenti nazionali in merito alla individuazione della disciplina da applicare alla tutela risarcitoria dei danni non patrimoniali, ma, viceversa, impone il più delle volte regole ben precise in materia (proponendo sovente un modello di responsabilità per violazione dei diritti sanciti nella CEDU tendenzialmente oggettivo e in cui il danno morale sembrerebbe rilevare *in re ipsa*¹⁰⁸).

L'ipotesi, non di mera scuola, qui prefigurata mostra quanto rilevanti siano le potenziali diseconomie processuali ed i probabili danni per i privati (oltre che per l'immagine dello Stato stesso sul piano del diritto internazionale), che le Sezioni Unite avrebbero potuto evitare, immaginando un adeguato rinvio ai diritti fondamentali predicati della CEDU¹⁰⁹ ed (esattamente come hanno fatto per il diritto comunitario) una

sulla norma (art. 2, comma 3, lett. a., della legge n. 89 del 2001), secondo la quale, al fine dell'equa riparazione, rileva soltanto il danno riferibile al periodo eccedente il termine di ragionevole durata. La novità consiste nel fatto che la Corte, esplicitamente, non ravvisa alcuna violazione dell'art. 117, primo comma Cost., in riferimento alla compatibilità con gli impegni internazionali assunti dall'Italia mediante la ratifica della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Inoltre, afferma che, diversamente opinando – alla luce delle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 (...) – dovrebbe valutarsi la conformità del criterio di computo delle norme convenzionali, che attribuisce rilievo all'intera durata del processo, rispetto al novellato art. 111, secondo comma, Cost., in base al quale il processo ha un tempo di durata ragionevole, potendo profilarsi, quindi, il contrasto dell'interpretazione delle norme CEDU con altri diritti costituzionalmente tutelati».

¹⁰⁷ Così nella sentenza del 6 marzo 2007, ricorso n. 43662/98, *Scordino c. Italia*, par. 42. E nella pronuncia del 27 agosto 2008, ricorso n. 70573/01, *Pisacane ed altri c. Italia*, al par. 67 si legge che «la Corte stima che i richiedenti hanno dovuto subire un danno morale certo in ragione della durata e dell'iniquità del procedimento così come della violazione ingiustificata del loro diritto al rispetto dei beni, che la constatazione di violazione non ha riparato sufficientemente».

¹⁰⁸ Cfr., tra le più recenti, la sentenza del 22 luglio 2008, ricorso n. 62592/00, *Capone c. Italia* (par. 17) e quella del 17 luglio 2008, ricorso n. 37637/05, *Sarnelli c. Italia* (par. 45). Di rilevanza, agli occhi dei giudici di Strasburgo, di un danno non patrimoniale (nel caso specifico da irragionevole durata del processo) «senza bisogno che la sua sussistenza sia provata, sia pure in via soltanto preventiva» avevano parlato alcune sezioni della Corte di cassazione. Le Sezioni Unite, nelle sentenze del 26 gennaio 2004, n. 1338, n. 1339, n. 1340 e n. 1341, giungono ad una diplomatica soluzione e, pur rinunciando ad ammettere la sussistenza di un danno morale *in re ipsa*, statuiscono che «deve ritenere sussistente il danno non patrimoniale ogni qualvolta non ricorrano, nel caso concreto, circostanze particolari che facciano positivamente escludere che tale danno sia stato subito dal ricorrente». Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit. *supra*, nota 8, p. 264 ss. Più recentemente, ma in senso analogo, appaiono, *ex pluribus*, le sentenze della Corte Suprema del 18 febbraio 2005, n. 3396; dell'8 giugno 2005, n. 12015; del 30 agosto 2005, n. 17500; del 28 ottobre 2005, n. 21094; del 15 giugno 2006, n. 13829; del 5 aprile 2007, n. 8604 e del 1° dicembre 2008, n. 28501. Nella sentenza n. 26972 del 2008 si rigetta la tesi secondo cui «nel caso di lesione di valori della persona il danno sarebbe *in re ipsa*», poiché per tale via si snaturerebbe «la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo». Così nel par. 4.10.

¹⁰⁹ Valgono pienamente, sul punto, le riflessioni proposte da A. VENTURELLI, *Danno da irragionevole durata del processo*, cit. *supra*, nota 106, p. 868, in materia di irragionevole durata del processo, secondo

piena prevalenza della Convenzione europea del 1950 (oltre che del diritto vivente costituito dai precedenti della Corte di Strasburgo) sull'art. 2059 c.c. (e sul modello di responsabilità aquiliana per danno non patrimoniale proposto dalla giurisprudenza suprema italiana¹¹⁰)¹¹¹.

D'altra parte, come si è già detto, ciò che viene oggi negato guardando alla CEDU potrebbe divenire presto vincolante proprio per effetto del diritto dell'Unione europea (sia pur solo negli ambiti di applicazione di quest'ultimo)¹¹², di guisa che la scelta di negare ai diritti fondamentali contenuti nella CEDU (e costituenti a tutti gli effetti *jus non scriptum* del diritto europeo) una tutela (effettiva ed) equivalente a quella riconosciuta ai diritti inviolabili riconosciuti e garantiti (o ricavabili) dalla Costituzione italiana, potrebbe di fatto realizzare anche una indiretta violazione (dei principi generali) del diritto dell'Unione; e quindi legittimare, a voler condurre a conseguenze estreme questa riflessione, la condanna dello Stato a risarcire al privato stesso i danni derivanti dalla *breach of European Law*¹¹³ (ed imputabili, magari, anche solo ad una decisione definitiva di un organo giurisdizionale supremo¹¹⁴).

cui «il numero dei ricorsi presentati a Strasburgo continuerà a crescere, fino ad eguagliare quello che aveva, sul finire del secolo scorso, indotto il legislatore italiano ad intervenire con la legge poi entrata in vigore nel 2001».

¹¹⁰ È difficile, da questo punto di vista, non convenire con chi ha evidenziato che i principi della CEDU «vivono nella interpretazione di essi datane dalla Corte di Strasburgo, con la conseguenza che, se è costituzionalmente illegittima una norma in contrasto con i principi CEDU – siccome interpretati dalla Corte di Strasburgo –, è da ritenersi non meno illegittima l'interpretazione di una norma interna che neghi la – adeguata – risarcibilità di un pregiudizio per il quale, invece, la giurisprudenza della Corte europea ha riconosciuto ristoro». Così S. FILIPPI, *Lesione del diritto di proprietà e danno non patrimoniale*, cit. supra, nota 104, p. 64.

¹¹¹ Poco interessata alle costanti resistenze di alcuni Paesi firmatari della CEDU "eversivi", la Corte europea dei diritti dell'uomo ha, anche recentemente, ribadito che «in virtù dell'Articolo 46 della Convenzione le Parti Contraenti si impegnano a dare esecuzione alle sentenze finali della Corte in qualsiasi causa nella quale sono parti, esecuzione che è supervisionata dal Comitato dei Ministri. Segue, che una sentenza nella quale la Corte trova una violazione della Convenzione o dei Protocolli impone allo Stato convenuto un obbligo legale non solo di pagare agli interessati le somme assegnate come equa soddisfazione, ma anche di scegliere, assoggettandosi alla supervisione del Comitato dei Ministri, le misure generali e/o, se necessario, individuali da adottare (...) per porre fine alla violazione (...) e dare riparazione alle sue conseguenze». Così nel par. 31 della citata sentenza *Wasserman c. Russia*. Cfr., in senso analogo, la sentenza *Broniowski c. Polonia*, ricorso n. 31443/96, par. 192; *Assanidze c. Georgia*, ricorso n. 71503/01, par. 198; *Scozzari e Giunta c. Italia*, ricorsi n. 39221/98 e n. 41963/98, par. 249; e *Sejdovic c. Italia*, ricorso n. 56581/00, par. 119.

¹¹² Sempre più frequentemente, infatti, la Corte di giustizia rinvia alle norme (e al diritto vivente) della CEDU (così come è previsto, d'altra parte, dal citato art. 52 della Carta di Nizza) per definire la portata dei diritti fondamentali (e le condizioni per l'individuazione dei possibili, legittimi, limiti da apporre a questi ultimi) riconosciuti come appartenenti ai principi generali dell'ordinamento comunitario. Cfr., ad esempio, quanto affermato recentemente dalla Corte di Lussemburgo nella sentenza *Kadi*, cit. supra, nota 59. Nei par. 356 ss. della decisione in questione si legge che «per stabilire la portata del diritto fondamentale al rispetto della proprietà, principio generale del diritto comunitario, occorre tener conto, segnatamente, dell'art. 1 del protocollo addizionale n. 1 alla CEDU, che sancisce tale diritto».

¹¹³ D'altra parte, non è la prima volta che la Corte di Lussemburgo si è pronunciata circa la sussistenza delle condizioni perché venga riconosciuto ai privati il diritto al risarcimento del danno per violazione di un principio generale dell'ordinamento comunitario. Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2006 in causa n. C-300/04, *Eman*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 8055.

¹¹⁴ Si rinvia alle sentenze, *Köbler*, del 30 settembre 2003 in causa n. C-224/01, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239 e massimata in questa *Rivista*, 2004, p. 55, e *Traghetti del Mediterraneo*, del 13 giugno 2006 in causa n. C-173/03, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5177 e massimata in questa *Rivista*, 2006, p. 741. Cfr., anche a fini bibliografici, A. FERRARO, *L'illecito comunitario di un organo giurisdizionale supremo*, cit. supra, nota 28, *passim*.

5. I problemi irrisolti di una presa di posizione giurisprudenziale non conclusiva

In conclusione, le recenti sentenze della Corte di cassazione, pur risultando apprezzabili per lo scopo che intendono perseguire, sembrano contenere alcuni punti problematici, sui quali occorrerà certamente ritornare a riflettere e che esprimono perfettamente lo stato di inquietudine in cui versa il diritto nella sua attuale fase storica.

Favorendo un ampio potere delle autorità giudiziarie in termini di individuazione, al di là dei casi in cui sia la legge a farlo direttamente, delle situazioni meritevoli di riparazione non patrimoniale, le Sezioni Unite sembrano aver messo d'accordo tutti gli studiosi (esistenzialisti e non esistenzialisti) su un punto centrale, ossia sulla persistente mancanza di un elenco determinato e tassativo di diritti a cui ricollegare la tutela dell'art. 2059 c.c.¹¹⁵.

Alla decisione di dilatare, ben al di là forse della reale "intenzione del legislatore", lo spettro delle situazioni meritevoli di tutela non patrimoniale, conferendo ampio potere discrezionale ai giudici¹¹⁶ e tradendo per tale via lo stesso obiettivo di conferire il carattere della tipicità all'illecito aquiliano non patrimoniale, si è accompagnata, peraltro, la discutibile scelta di limitare fortemente, e con argomentazioni poco chiare e non del tutto convincenti, l'efficacia di Carte internazionali concernenti proprio i diritti dell'uomo.

E, paradossalmente, l'intento di frenare l'ingresso nel nostro ordinamento di norme di derivazione extra-statale ha indotto i giudici supremi a trascurare la circostanza che l'apertura alle fonti di diritto internazionale (come la CEDU) consentirebbe forse una più agevole realizzazione della tanto sperata operazione di *reductio ad unitatem* della categoria del danno non patrimoniale¹¹⁷, ma anche un più rapido perseguimento dell'obiettivo, sempre più auspicato a livello europeo e non solo (come dimostra la sottoscrizione di numerosi accordi e convenzioni in materia)¹¹⁸, di armonizzazione delle regole poste a tutela della persona¹¹⁹.

¹¹⁵ Lo scriveva, con un certo anticipo (prevedendo quasi i possibili punti deboli delle decisioni delle Sezioni Unite), G. PONZANELLI, *Il danno non patrimoniale tra lettura costituzionale*, cit. supra, nota 2, p. 560, e lo conferma G. CASSANO, *Le Sezioni Unite si pronunciano sul danno non patrimoniale ed esistenziale*, cit. supra, nota 1, nel suo commento a freddo delle decisioni del 2008.

¹¹⁶ Di un vero e proprio «effetto *spillover* dell'interpretazione "aperta" delle norme codicistiche sul risarcimento dei danni non patrimoniali» ha parlato A. GUAZZAROTTI, *Diritti inviolabili e creatività giurisprudenziale*, cit. supra, nota 99, p. 321.

¹¹⁷ Si consideri che negli ordinamenti della maggior parte degli altri Paesi europei, ma anche nei documenti sottoscritti a livello internazionale, le varie "sottocategorie" di danno non patrimoniale formatesi negli anni in Italia sono pressoché sconosciute e il più delle volte si parla genericamente di danni morali o danni non economici.

¹¹⁸ Cfr. il manuale della scuola pisana, AA. VV., *Diritto privato, Parte seconda*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 616.

¹¹⁹ Aderendo perfettamente al concetto di "benessere", proposto dall'OMS (più volte richiamato anche da G. COMANDÈ, *Il danno esistenziale e il "diritto pigro"*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Critica del danno esistenziale*, Padova, Cedam, 2003, p. 63 ss. e preso in considerazione da numerosi Paesi firmatari dell'organizzazione, oltre che dalla stessa Comunità europea), nella sua triplice componente (fisica, mentale e sociale), potrebbe leggersi nell'art. 2059 del codice civile italiano (nella sua moderna lettura costituzionalmente orientata) una tutela non patrimoniale unitaria, ma che copra (all'interno di una unica determinazione risarcitoria, ed evitando duplicazioni di sorta) ogni possibile pregiudizio a valori inerenti alla persona, ossia il danno morale – non più transeunte, come si è detto, ma nella sua nuova accezione di «sofferenza soggettiva (...) in sé considerata (...) la cui intensità e durata nel tempo non assumono rilevanza ai fini della esistenza del danno, ma solo della quantificazione del risarcimento» (così nella sentenza n. 26972 del 2008) –, il danno biologico – inteso come lesione dell'interesse costituzionalmente garantito all'integrità psico-fisica –, ed il danno esistenziale – come pregiudizio alle «attività realizzatrici della persona umana», o, utilizzando un paradigma più recente, «alla piena esplicazione della persona nelle relazioni sociali» (Cass. n. 9009/2001; vedasi, inoltre, G. P. MONATERI, *La responsabilità civile*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile* Torino, Utet, 1998, p. 484), o ancora, secondo una formula

De jure condendo, non sembra privo di logica affermare che è probabilmente giunto il momento di operare una incisiva riforma dell'art. 2059 c.c., al fine di inserirvi un esplicito riferimento oltre che alla Costituzione, anche alle fonti del diritto dell'Unione europea e del diritto internazionale, senza dover attendere che siano le singole leggi speciali a dover rinviare di volta in volta alle fonti sovra-legislative, così come è già accaduto ad esempio in materia di irragionevole durata del processo¹²⁰.

In attesa che sia il legislatore ad intervenire in materia, occorre che siano i giudici di legittimità e delle leggi a garantire con la propria giurisprudenza una maggiore apertura dell'ordinamento giuridico italiano verso una non più procrastinabile integrazione sovranazionale, ricordando sempre che «qualora, in nome del bisogno di preservare la purezza o la esclusiva attitudine della Costituzione al riconoscimento dei diritti da "contaminazioni" esterne, si dovessero ritenere chiuse le porte all'ingresso di norme materialmente (ma non formalmente) costituzionali, quali appunto quelle relative ai diritti, si farebbe luogo ad un'attuazione riduttiva (e, anzi, deformante) della Costituzione stessa»¹²¹.

Significativi segnali di novità sembrano emergere, da questo punto di vista, dalla nuova "interpretazione autentica" delle sentenze gemelle del 2008, fornita dalle stesse Sezioni Unite nella pronuncia n. 3677 del 16 febbraio 2009.

Rinviando alla sentenza n. 26972/2008, l'organo nomofilattico afferma che, secondo quanto stabilito in tale decisione, «il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi previsti dalla legge, i quali si dividono in due gruppi: le ipotesi in cui la risarcibilità è prevista in modo espresso (fatto illecito integrante reato) e quello in cui la risarcibilità, pur non essendo prevista da norma di legge *ad hoc*, deve ammettersi sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., per avere il fatto illecito vulnerato in modo grave un diritto della persona direttamente tutelato dalla legge»¹²².

È presto per dire quali esiti avrà una siffatta presa di posizione¹²³, ma stando alla nuova impostazione (che parrebbe proprio avere un ruolo chiarificatore rispetto al recente passato), sembra difficile negare una apprezzabile apertura verso il riconoscimento della possibilità di accordare tutela non patrimoniale (sia pur solo in presenza di una lesione grave) tanto ai diritti della persona comunque riconosciuti dalla Costituzione (ancorché sprovvisti del – già ampiamente criticato per la sua ambiguità – carattere della inviolabilità), quanto ai diritti riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo o (se questa seconda opzione può creare meno resistenze) dalla legge italiana n. 848 del 1955, documento di ratifica della CEDU stessa.

proposta da autorevole dottrina, come «degrado della qualità della vita» (così C. M. BIANCA, *Il sistema dei danni*, in AA. VV., *I danni: verso quali prospettive?*, cit. supra, nota 34, p. 10, rinviando anche al *Draft Common Frame of Reference*, Book III, 3.701-3, ove si precisa che «*non-economic loss includes pain and suffering and impairment of the quality of life*»). Sul tema, si rinvia anche a R. DEL PUNTA, *Il nuovo regime del danno non patrimoniale*, cit. supra, nota 1, p. 521, il quale evidenzia che mentre le Sezioni Unite dichiarano non risarcibile la lesione del "benessere" altrui, l'art. 2, comma 1, lett. o., del Testo unico sulla sicurezza (dlgvo n. 81/2008) ha «proclamato, recuperando la storica nozione dell'Organizzazione Mondiale della sanità, che la "salute" è uno "stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità"».

¹²⁰ Nell'art. 2, primo comma, della legge in questione, invero, si parla di «equa riparazione», ma sono le stesse Sezioni Unite a richiamare tale fattispecie tra le ipotesi risarcitorie di danni non patrimoniali.

¹²¹ A. RUGGERI, *La tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, in *Pol. dir.*, n. 3/2007, p. 320.

¹²² Così nel par. 11 della sentenza (commentata da P. ZIVIZ, *Le "magnifiche sorti e progressive"*, cit. supra, nota 47, p. 765 ss.).

¹²³ Cfr. G. PONZANELLI, *Conferme ed incertezze della Cassazione dopo le Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, n. 7 del 2009, p. 761 ss.