

INTRODUZIONE

Il presente elaborato tratta il tema del danno da perdita di chance, che è stato riconosciuto dalla nostra giurisprudenza solo in tempi relativamente recenti.

Il termine “chance” deriva dall’espressione latina *cadentia*, che stava ad indicare il rotolare dei dadi, con tale termine si vuole dunque intendere oggi la possibilità di conseguire un determinato risultato.

La figura del danno da perdita di chance viene importata dalla giurisprudenza francese, che per prima ha riconosciuto questa categoria di danno, e viene inizialmente adoperato dalla giurisprudenza in relazione all’ambito lavorativo e solo più avanti anche in relazione al settore medico.

È proprio in questo settore del diritto che questa tipologia di pregiudizio presenta le maggiori complessità circa una sua qualificazione uniforme e di conseguenza, non pochi sono i dubbi riguardo i criteri da adottare per la sua risarcibilità.

Secondo l’orientamento prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, il danno da perdita di chance si configura quale danno patrimoniale, che due orientamenti tra loro contrapposti riconducono al lucro cessante ovvero al danno emergente.

Nel presente lavoro si partirà dalla classica distinzione delle tipologie di danno afferenti la responsabilità civile, analizzandone lo sviluppo che si è avuto al riguardo nel corso degli ultimi decenni.

In particolare si metterà in luce la distinzione tra i danni patrimoniale e quelli non patrimoniali, sottolineando per i primi la differenza tra il danno emergente, corrispondente alla somma di denaro necessaria per ripristinare lo status quo ante l’evento che ha comportato il danno, e il lucro cessante, consistente nel mancato guadagno di una somma di denaro che l’evento dannoso impedisce di realizzare; distinzione che come vedremo avrà rilevanza anche in relazione al danno da perdita di chance, che viene fatto confluire nell’una o nell’altra categoria con ciò determinando un diverso criterio di accertamento e liquidazione del pregiudizio.

Con riferimento, invece, ai danni non patrimoniali si evidenzierà la loro evoluzione, dall'entrata in vigore del Codice Civile ai nostri giorni, per mettere in risalto come si sia andata ad ampliare la categoria dei beni tutelati sottolineandone la loro natura omnicomprensiva che racchiude ogni tipo di pregiudizio all'integrità dell'individuo in tutti i suoi aspetti dinamico-relazionali. Si analizzerà poi come in seguito alle sentenze gemelle del 2008, le sottocategorie di cui si compone il danno non patrimoniale (danno biologico, morale ed esistenziale), andranno ad assumere valenza meramente descrittiva, non comportando un riconoscimento di distinte categorie di pregiudizio. Si vedrà poi come anche questo aspetto avrà dei risvolti in relazione al danno da perdita di chance, in considerazione del fatto che un'unicità della categoria dei danni non patrimoniale, dovrebbe far ritenere sufficiente un'unica domanda per il risarcimento di tutti i danni in essi ricompresi, dunque anche l'eventuale danno da perdita di chance nella sua parte non patrimoniale.

Successivamente si analizzerà come l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità, sollecitata dalla sempre più avvertita esigenza di garantire l'integrale riparazione del danno ingiustamente subito, comincerà ad affermare l'esistenza del danno da perdita di chance, di cui in dottrina già si discuteva da tempo. Verrà fatto particolare riferimento all'ambito medico-legale, nel quale l'inserimento di tale tipologia di pregiudizio presenta notevoli problemi e dibattiti. Si farà riferimento alla prima affermazione del danno da perdita di chance di sopravvivenza ad opera della Suprema con la sentenza n. 4400/2004. In tale circostanza la Cassazione cerca di fornire una definizione di questo pregiudizio. La trattazione riguardante questo tipo di danno prenderà in considerazione i principali orientamenti dottrinali che si sono sviluppati nel nostro sistema, evidenziandone le differenze e le perplessità, nonché le ripercussioni che l'adesione ad una ovvero ad un'altra linea di pensiero comportano nella qualificazione e nel risarcimento del danno da perdita di chance. Una prima spaccatura, come si avrà modo di osservare, si ha tra coloro che sostengono che

il danno da perdita di chance in ambito medico sia un danno meramente patrimoniale, negando la possibilità che lo stesso venga risarcito quale danno non patrimoniale e ciò anche laddove il bene finale leso sia la salute della vittima. Ciò viene argomentato principalmente aderendo alla cosiddetta “tesi ontologica”, che considera la chance un bene già facente parte del patrimonio del soggetto leso, prima del verificarsi dell’evento dannoso. La perdita di questa costituirebbe così danno presente ed autonomo, senza aver riguardo del suo riflesso nel futuro. Sarebbe dunque impossibile configurare un siffatto tipo di danno quale danno non patrimoniale. Questa è la tesi che ha maggiori adesioni tanto in dottrina quanto in giurisprudenza.

Contrapposta ad essa, troveremo la “tesi eziologica”, che considera invece il danno da perdita di chance quale un’utilità da considerare solo in relazione al suo effettivo conseguimento. Il danno si viene dunque a realizzare con la perdita della possibilità di ottenere un certo risultato in futuro. Si noterà che i sostenitori di questa tesi confondono tuttavia la perdita di chance con i criteri di accertamento da utilizzare per la sua individuazione.

Si evidenzierà infine una terza tesi, di origine molto più recente e che ad oggi non ha ancora trovato un vero e proprio riscontro nelle decisioni della Cassazione. Questa considera il danno da perdita di chance una categoria generica di danno e rimanda ad una valutazione da effettuarsi in relazione al singolo caso concreto preso in esame, l’attribuzione di questo pregiudizio al danno emergente, al lucro cessante, ovvero ad entrambi.

Qualora ad esempio il danno da perdita di chance abbia come oggetto il venir meno per un paziente delle possibilità di guarigione, la vittima potrà vedersi riconoscere un risarcimento in termini percentuali relativamente alle spese mediche e chirurgiche sostenute, in qualità di danno emergente; nonché una percentuale di quell’utilità che avrebbe potuto ottenere in futuro laddove fosse guarito, in qualità di lucro cessante.

Coloro che considerano ammissibile anche una configurazione non patrimoniale del danno da perdita di chance, ritengono risarcibile questo pregiudizio in caso di lesione di diritti inviolabili della persona, connotati dalla gravità della lesione e dalla serietà del pregiudizio.

Come anticipato l'adesione ad ognuno di questi orientamenti ha delle ripercussioni importanti sull'individuazione e sui criteri risarcitori applicabili al danno da perdita di chance. In particolare, ripercussioni importanti si hanno in relazione ai criteri di accertamento e di liquidazione del danno, come si avrà modo di esaminare.

Infine si andrà ad analizzare alcune importanti pronunce della Suprema Corte, dando rilievo agli aspetti che nel corso degli anni si sono andati a consolidare.

Verrà dato in particolare spazio ai passaggi salienti e agli aspetti più significativi delle costruzioni della giurisprudenza di legittimità in relazione al danno da perdita di chance di guarigione o di sopravvivenza.

Nella parte finale ci si soffermerà infine sull'applicazione della perdita di chance ai soggetti affetti da patologie terminali, a dimostrazione di come negli anni questa tipologia di danno abbia trovato sempre più estensione.

CAPITOLO I

Responsabilità medica: danno patrimoniale e non patrimoniale

Sommario: 1. Distinzione tra danno alla persona e danno al patrimonio 2. Danno Patrimoniale 2.1. Tipologie 2.2. Nesso eziologico 2.3. Onere probatorio 2.4. Criteri di liquidazione 3. Danno non patrimoniale 3.1. Caratteristiche e criteri di risarcibilità 3.1.1. Danno Biologico 3.1.2. Danno Morale 3.1.3. Danno Esistenziale 3.2. Onere probatorio 3.3. Criteri di liquidazione

1. Distinzione tra danno alla persona e danno al patrimonio

Nell'ambito della responsabilità medica, la lesione alla salute di un individuo può determinare un danno di tipo patrimoniale, ma anche una perdita di tipo personale¹. La perdita di tipo patrimoniale, con riferimento alla lesione alla salute, è tradizionalmente ricondotta alla riduzione del reddito causata dall'interruzione dell'attività lavorativa svolta da un soggetto o dalla definitiva perdita della capacità di esercitare tale attività. Per potersi dunque parlare di pregiudizio patrimoniale, il bene oggetto di lesione dovrà essere suscettibile di valutazione economica. Tuttavia per un lungo periodo di tempo, la giurisprudenza ha ricondotto nell'ambito del danno patrimoniale anche il cosiddetto danno biologico. Questa particolare tipologia di danno, frutto dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale avutasi attorno agli anni '70 del secolo scorso, non comporta una perdita di tipo patrimoniale, ma determina, invece, una lesione dell'interesse all'integrità fisica, che trova tutela nella Costituzione all'art. 32, con riferimento al diritto alla salute. Inizialmente si riteneva che il danno non patrimoniale fosse risarcibile solo sulla base del

¹ Cass. Civ., Sez. III, 12 luglio 2000, n. 9228.

combinato disposto dell'art. 2059 c.c.² con l'art. 185 c.p.³, e quindi solo laddove la lesione subita da un certo individuo fosse conseguenza di un reato. Per poter riconoscere e liquidare questa tipologia di danno, venne allora adottato un escamotage, veniva cioè considerato risarcibile, quale danno biologico, un pregiudizio all'integrità psicofisica del soggetto quando alla stessa conseguisse una perdita di capacità produttiva. Il danno veniva dunque ricondotto nell'alveo del danno patrimoniale, ex art. 2043 c.c., garantendo così risarcibilità a pregiudizi non costituenti fattispecie di reato secondo il codice penale.

Per quanto attiene, invece, al danno come perdita di tipo personale, esso si realizza quando la lesione coinvolge la salute e più in generale, i diritti inviolabili dell'uomo in senso lato. Il diritto all'integrità psicofisica della persona è, infatti, un diritto primario e inviolabile che riceve copertura costituzionale ed in particolare trova tutela negli artt. 2, 3, 29 e 32 della Costituzione⁴. La perdita di tipo personale può consistere sia nella soppressione o nella riduzione di tutte o di parte delle funzioni vitali del soggetto sia nel dolore, nella sofferenza e nella paura che la persona prova in relazione ad una certa situazione. Questa tipologia di danno richiede un accertamento di tipo medico-legale per essere risarcita e deve essere liquidata con dei criteri meno rigidi di quelli adottati per la determinazione dei danni patrimoniali. In questo caso infatti, occorre tener conto delle ripercussioni sulla vita dell'individuo con carattere molto soggettivo, e pertanto il risarcimento sarà ispirato a criteri di equità e dovrà essere inoltre personalizzato. Ciò sta a significare che il risarcimento del danno alla persona deve essere riconosciuto anche laddove non abbia ripercussioni sul patrimonio

² **Art. 2059. Danni non patrimoniali.** Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.

³ **Art. 185 c.p. Restituzioni e risarcimento del danno.** Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili.

Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui.

⁴ ROSSETTI M., *Il danno alla salute: biologico, patrimoniale, morale, profili processuali, tabelle per la liquidazione*, Cedam, 2009, pp. 1121.

della vittima. Questa tipologia di danni non ha infatti di per sé valore economico, il quale sorge soltanto per risarcire una perdita subita non altrimenti compensabile, impossibile è infatti restituire in concreto la situazione antecedente al sinistro.

Per meglio evidenziare le due diverse tipologie di danno, vengono utilizzati in dottrina, con riferimento alla perdita o riduzione della capacità produttiva, due differenti lemmi lessicali. Per configurare il danno afferente al patrimonio del danneggiato, in particolare con riguardo alla sua temporanea o permanente impossibilità ad esercitare una certa professione, si impiega il termine “incapacità”, che può essere appunto temporanea o definitiva.

Prendendo invece in esame il pregiudizio alla persona, quale compromissione della sua integrità psico-fisica in relazione a qualsivoglia attività esercitabile (compresa quella professionale svolta precedentemente al pregiudizio subito dal danneggiato) si deve utilizzare il termine “invalidità”, anch’essa suscettibile di essere temporanea o permanente. L’invalidità è dunque un danno di tipo biologico, misurabile in termini percentuali secondo un barème medico legale, che viene risarcito indipendentemente da qualsivoglia riscontro sul reddito del soggetto danneggiato.

2. Danno Patrimoniale

Il danno patrimoniale si caratterizza per essere suscettibile di valutazione economica sulla base di elementi oggettivamente determinabili. In particolare, se il danno patrimoniale è conseguenza dell’inadempimento di un contratto, il debitore dovrà versare, a titolo di risarcimento, una somma di denaro pari all’equivalente monetario dei danni che l’inadempimento o il ritardo nell’esecuzione della prestazione hanno cagionato al creditore.

Ai sensi dell'art. 1223 del c.c.⁵, sembra che il risarcimento del danno patrimoniale si componga di due voci alle quali l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale attribuisce rispettivamente la denominazione di danno emergente e di lucro cessante e ce ne fornisce una definizione.

Il cosiddetto danno emergente si riferisce alla «perdita subita dal creditore» e consiste, nella pratica, nel decremento patrimoniale causato a tale soggetto in conseguenza del ritardo o del mancato adempimento dell'obbligazione da parte del debitore, o comunque nel danno ad un bene o ad un interesse di legittima appartenenza del soggetto leso, pur se non ancora materialmente a sua disposizione.

Con riferimento invece al «mancato guadagno», viene elaborata la voce di danno definita lucro cessante. Essa consiste nella violazione di un diritto non ancora maturato o di un bene non ancora facente parte del patrimonio del creditore, il cui risarcimento è conseguenza dell'impossibilità di ottenere l'arricchimento che tipicamente deriverebbe dal conseguimento di tale diritto. Più semplicemente può essere definito come il mancato guadagno che il creditore avrebbe potuto ottenere laddove il debitore avesse adempiuto correttamente e tempestivamente l'obbligazione pattuita.

La prova del danno emergente dovrà essere fornita mediante la presentazione di documenti che dimostrino la spesa sostenuta in conseguenza della lesione. Il danneggiato, per ottenere il risarcimento del lucro cessante, dovrà invece dimostrare che, a causa del pregiudizio subito, non ha potuto beneficiare del guadagno realizzabile con presumibile certezza.

Laddove, invece, il danno sia conseguenza di un fatto illecito, il risarcimento è dovuto sulla base del pregiudizio al patrimonio effettivamente subito dal danneggiato. In luogo del risarcimento, se è possibile, la vittima potrà chiedere

⁵ **Art.1223. Risarcimento del danno.** Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta.

il ripristino della situazione esistente prima della verifica del danno, mediante reintegrazione in forma specifica⁶. Nell'ambito del danno patrimoniale da fatto illecito, l'art. 2057 del c.c.⁷ prevede inoltre, che il danno permanente alle persone possa essere liquidato dal giudice in forma di rendita vitalizia, tenendo conto delle condizioni delle parti e della natura del danno. Inoltre anche in relazione al danno patrimoniale derivante da fatto illecito, si deve far riferimento alle sue due componenti, il danno emergente e il lucro cessante, negli stessi termini indicati in relazione al pregiudizio derivante dall'inadempimento contrattuale.

Come risulta dalle definizioni date di tali due componenti del danno patrimoniale, si può affermare che il danno emergente si distingue dal lucro cessante per la natura dei beni che va a colpire e non invece, come pure potrebbe sembrare in un primo momento, per il momento in cui si realizza il pregiudizio. In relazione a quest'ultimo criterio si distinguono invero i danni in passati e futuri.

Ci potrebbero essere infatti dei danni che devono ancora realizzarsi, ma che rientrano nell'alveo del danno emergente, in quanto consistenti in riduzioni del patrimonio della vittima ragionevolmente prevedibili in conseguenza del pregiudizio subito. Il lucro cessante, al contrario, potrebbe essere costituito da un danno passato, ad esempio in relazione alla perdita di reddito nel periodo che va dalla produzione dell'evento dannoso alla liquidazione del pregiudizio subito⁸.

⁶ **Art. 2058. Risarcimento in forma specifica.** Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile.

Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore.

⁷ **Art. 2057. Danni permanenti.** Quando il danno alle persone ha carattere permanente la liquidazione può essere fatta dal giudice, tenuto conto delle condizioni delle parti e della natura del danno, sotto forma di una rendita vitalizia. In tal caso il giudice dispone le opportune cautele.

⁸ V. CARINGELLA F., *Manuale di diritto civile*, vol. 2, Giuffrè, 2008, pp. 508.

2.1. Tipologie

In ambito medico-legale, il pregiudizio causato da una lesione, quale danno emergente, è tendenzialmente quello che viene a realizzarsi in relazione ad una contrazione delle disponibilità patrimoniali del danneggiato per eliminare o quanto meno per attenuare le conseguenze pregiudizievoli causate dall'evento lesivo. La vittima dovrà infatti sostenere delle spese, ad esempio per le cure mediche o per la riabilitazione, ed in relazione a queste le verrà riconosciuto un risarcimento reintegratorio della contrazione patrimoniale subita. La tipologia più comune di danno patrimoniale, in ambito medico legale, è quella afferente alla riduzione della capacità lavorativa. Facendo riferimento ai danni che possono andare ad intaccare la capacità produttiva del singolo, vengono però in rilievo anche dei pregiudizi che non riguardano la sfera patrimoniale, ma che nonostante comportino conseguenze nell'ambito lavorativo del danneggiato, attengano all'aspetto strettamente personale dello stesso. Essi sono attribuiti alla tipologia del danno non patrimoniale (in qualità di danno morale o di danno biologico), ormai senza più alcun dubbio al riguardo⁹.

Prendendo in esame le conseguenze di un pregiudizio lesivo dell'integrità psicofisica di un certo soggetto, relativamente alla sua capacità produttiva, esse possono determinare:

1. una maggiore fatica nello svolgimento dell'attività lavorativa;
2. una riduzione della capacità lavorativa generica¹⁰;

⁹ Cfr. ROSSETTI M., *Il danno alla salute: biologico, patrimoniale, morale, profili processuali, tabelle per la liquidazione*, Cedam, 2009; CHINDEMI D., *Il danno alla persona dopo le Sezioni Unite: richieste al consulente tecnico, formulario, giurisprudenza*, Maggioli, 2009.

¹⁰ Nozione introdotta da Cazzaniga negli anni '20 del secolo scorso (CAZZANIGA A., *Le basi medico legali per la stima del danno alla persona da delitto e quasi delitto*, Ist. Ed. Scient., Milano, 1928). Tale concetto venne formulato per aggirare il divieto posto dall'art. 2059 c.c. circa la risarcibilità dei danni non patrimoniali. Il problema atteneva all'impossibilità di risarcimento nei confronti del soggetto danneggiato che non svolgesse attività lavorativa prima del sinistro, o che comunque l'attività svolta fosse meramente occasionale o ancora che nonostante il danno subito, la vittima riesca comunque a svolgere il lavoro prima svolto e pertanto a mantenere il reddito percepito, pur riscontrando maggiori difficoltà nello svolgimento

3. una riduzione della capacità lavorativa specifica.

Per quanto attiene la maggior fatica e stancabilità, la giurisprudenza fa riferimento al cosiddetto danno da cenestesi lavorativa, non rientrante tuttavia nel danno patrimoniale in quanto non influente sul patrimonio della vittima neanche come opportunità di futuro guadagno, ma riconducibile invece al danno biologico (oggi ricompreso nel danno non patrimoniale)¹¹.

Con riferimento alla riduzione della capacità lavorativa generica è invece necessario fare un piccolo excursus storico che vada a spiegare sommariamente le sue origini per comprendere come viene attualmente valutata, tenendo presente che ad oggi alcuni esponenti della dottrina, nonché parte, seppur minoritaria, della giurisprudenza, ritengono che tale categoria non abbia ormai più senso di esistere e sarebbe anzi erronea e dannosa¹².

Il concetto di capacità lavorativa generica viene introdotto dal Cazzaniga per far fronte all'iniquità del sistema risarcitorio allora vigente, che concedeva il risarcimento solo ad un soggetto percettore di reddito e solo in relazione all'entità delle sue entrate.

Cazzaniga definiva tale capacità quale "ultragerica", in contrapposizione con la "capacità lavorativa generica" dell'operaio utilizzata in ambito infortunistico-assicurativo. Tale impostazione venne ritenuta inadeguata da Cesare Gerin che propose pertanto di abbandonarla. Egli suggerì all'inizio degli anni '50 un nuovo metodo per la valutazione e la liquidazione del danno alla persona, modificando l'ottica con cui era concepita la "capacità lavorativa generica" introdotta dal

dell'attività. Con l'introduzione della categoria dell' "Incapacità lavorativa generica" quindi viene ad essere preso in considerazione l' "attitudine al lavoro", così come prevista in ambito assicurativo infortunistico all'art. 210.

¹¹ Cfr. Cass. civ., sez. III, 8 novembre 2007, n. 23293 e Cass. civ., Sez. III, 24 marzo 2004, n. 5840 «il danno da lesione della "cenestesi lavorativa", che consiste nella maggiore usura, fatica e difficoltà incontrate nello svolgimento dell'attività lavorativa, non incidente neanche sotto il profilo delle opportunità sul reddito della persona offesa (c.d. perdita di chance), risolvendosi in una compromissione biologica dell'essenza dell'individuo, va liquidato onnicomprensivamente come danno alla salute.».

¹² ROSSETTI M., *Il danno alla salute: biologico, patrimoniale, morale, profili processuali e tabelle per la liquidazione*, Cedam, 2009.

Cazzaniga nell'ambito della responsabilità civile. In particolare, il fulcro di tale metodo era la rivoluzionaria concezione che l'uomo avesse un valore economicamente valutabile e risarcibile a prescindere dalla sua capacità produttiva, gli veniva attribuita una cd. "validità psicosomatica". Veniva, quindi, per la prima volta riconosciuto un valore intrinseco all'uomo in relazione alla sua sola integrità psicofisica meritevole di risarcimento in caso di lesione, accanto al risarcimento comunque dovuto, per il danno da contrazione reddituale (incapacità lavorativa specifica). Queste le basi per la futura costruzione del danno biologico¹³.

Negli anni '70, in seguito all'affermazione del principio elaborato dal Gerin, si inizia a ritenere che un danno alla persona comporti due diverse conseguenze, risarcibili in maniera distinta.

Il danno da incapacità lavorativa generica, ritenuto parte del danno biologico, così come allora concepito, e il danno da incapacità lavorativa specifica, commisurato al reddito effettivamente percepito dal soggetto leso. In questo senso, il danno da incapacità lavorativa generica, veniva risarcito in maniera egualitaria, avendo esso riguardo solo all'entità del pregiudizio psicofisico, in applicazione della teoria elaborata dal Gerin. Quest'orientamento, che viene pian

¹³ Per la prima volta affermato in giurisprudenza dal Tribunale di Genova con sentenza del 25 maggio 1974. «Secondo i criteri abitualmente adottati dalla giurisprudenza ed accolti anche dalla prevalente dottrina, la monetizzazione del danno fisico riportato [...] dovrebbe avvenire [...] mediante una semplice operazione matematica: si dovrebbe cioè rapportare il responso dell'esperto medico-legale al reddito da lavoro dell'attore e considerare quei certi esiti invalidanti permanenti come un fattore causale idoneo a produrre una diminuzione del reddito stesso, diminuzione che andrebbe capitalizzata secondo i criteri matematico-attuariali. [...] Il motivo fondamentale per cui la prassi [...] esaminata deve essere abbandonata [...] va identificato in una profonda ragione di equità che appare macroscopicamente chiara se solo si consideri quello che in base a questa prassi accade di norma. Se uno stesso danno biologico (non incidente quindi sulla rispettiva capacità di lavoro guadagno) colpisce due persone le quali godano di redditi da lavoro di diversa entità, queste, per il fatto stesso che il danno è definito in termini di incapacità lavorativa e quindi scorrettamente riferito ai rispettivi redditi da lavoro, riceveranno a parità di danno un trattamento risarcitorio diversissimo [...]. È pure evidente che la detta iniquità è radicalmente insita nella prassi stessa, la quale [...] va quindi del tutto abbandonata».

Per il riconoscimento del danno biologico in Cassazione bisognerà attendere invece fino al 1981 (Cass. Civ., Sez. III, 6 giugno 1981, n. 3675)

piano ad affermarsi anche in giurisprudenza, viene criticato per il fatto di attribuire una valutazione patrimoniale all'uomo, mercificandolo, ciò viene affermato anche in relazione al fatto che i criteri risarcitori utilizzati si basassero sul reddito nazionale medio e pertanto erano uguali per ogni persona. Ulteriore critica alla tesi del Gerin, veniva mossa in considerazione del fatto che si riteneva introducesse abusivamente un *tertium genus* di danno, diverso dal patrimoniale e da quello non patrimoniale, così come delineato fino a quel momento in forza dell'art. 2059 c.c.¹⁴.

Negli anni '70, due erano dunque gli orientamenti principali; uno volto a ricomprendere il danno biologico nella sfera dei danni patrimoniali e l'altro che lo considera invece quale *tertium genus* di danno. Secondo il primo orientamento il danno biologico sarebbe stato risarcibile in forza del collegamento dell'art. 2043 c.c. con l'art. 32 della Costituzione. In particolare si riteneva che questa tipologia di pregiudizio andasse a ledere il diritto alla salute, costituzionalmente tutelato, e quindi fosse meritevole di tutela risarcitoria. Il secondo orientamento riteneva invece che il danno biologico fosse una tipologia di pregiudizio non riconducibile né ai danni di tipo patrimoniale, né a quelli non patrimoniali, costituendo una tipologia di danno nuova ed autonoma. Il danno in esame sarebbe stato l'evento costitutivo del fatto lesivo, presente ogni qual volta vi fosse una lesione all'integrità psicofisica di un certo soggetto, non essendo necessaria alcuna prova del bene giuridico salute. Si sarebbe trattato dunque, secondo questa impostazione, di un danno evento.

Stando a quanto affermato sinora, sembrerebbe doversi parlare ad ogni modo di danno biologico con riferimento all'incapacità lavorativa generica. Tale pregiudizio, infatti, non va ad intaccare la posizione lavorativa del soggetto leso, né la sua capacità di guadagno e quindi, non potendosi far discendere automaticamente dall'inabilità del soggetto un danno patrimoniale da lucro

¹⁴ ROSSETTI M., *op. cit.*, p. 83.

cessante, esso non potrà essere risarcito se non si dimostri che il pregiudizio effettivamente si ripercuota sull'attitudine del soggetto a produrre reddito.

Anche la Cassazione nel corso del tempo finisce con il riconoscere questa tipologia di pregiudizio, sempre in qualità di danno biologico e la definisce quale «*sopravvenuta inidoneità del soggetto danneggiato allo svolgimento delle attività lavorative che, in base alle condizioni fisiche, alla preparazione professionale e culturale, sarebbe stato in grado di svolgere*»¹⁵.

Tuttavia, in seguito ad alcune pronunce più recenti della Cassazione, si ritiene che l'incapacità lavorativa generica, in qualche caso, possa dar luogo ad un danno di tipo patrimoniale.

La prima pronuncia in tal senso risale al 2013, in quel caso la Cassazione si è espressa ritenendo risarcibile, sul piano patrimoniale, la lesione che vada ad intaccare l'idoneità del danneggiato a svolgere un'attività lavorativa, differente dalla propria, confacente alle proprie attitudini. Tale risarcibilità sarà configurabile, tuttavia, solo laddove le lesioni siano di non lieve entità; in particolare dovrà trattarsi di macropermanenti¹⁶.

Successivamente tale orientamento innovativo non viene confermato, ma torna ad applicarsi la consolidata tesi, secondo la quale l'incapacità lavorativa generica può dar luogo solo ad un danno di tipo non patrimoniale.

Con la sentenza n. 12211 del 12 giugno del 2015, la Suprema Corte torna invece a sostenere quanto sancito con la pronuncia del 2013 di cui sopra, stravolgendo dunque l'orientamento della giurisprudenza di legittimità ormai consolidato¹⁷.

¹⁵ Cass. civ., 9 marzo 2001, n. 3519, in «Giust. Civ. Mass.», 2001, p. 461.

¹⁶ Le micropermanenti (o lesioni di lieve entità) sono quelle lesioni subite dalla persona in conseguenza di un sinistro, non necessariamente di natura stradale, che comportano un'invalidità permanente tra uno e nove punti percentuali (oltre i quali si ricade nell'ambito delle "macropermanenti"). Tali lesioni, poiché di norma non ricadono sulla capacità di produrre reddito, sono generalmente valutate solo quali danno biologico, salva la prova che abbiano avuto ripercussione sulla capacità lavorativa, provocando dunque un danno patrimoniale (Cass. civ., Sez. III, 1 giugno 2010, n. 13431).

¹⁷ «*Va a tale stregua escluso che il danno da incapacità lavorativa generica non attenga mai alla produzione del reddito e si sostanzi sempre e comunque in una menomazione dell'integrità*

Viene confermato dunque che il danno derivante dall'incapacità lavorativa generica, conseguente ad un pregiudizio all'integrità psicofisica del danneggiato e cui consegua un'incapacità di guadagno, comporti un danno di tipo patrimoniale. Tale danno, ovviamente non è automaticamente risarcibile, ma va provata in concreto la sua incidenza sulla capacità reddituale del soggetto leso. I postumi di lieve entità non sono però, almeno tendenzialmente, in grado di ridurre la capacità di guadagno, non andando ad incidere sull'attitudine del soggetto a svolgere l'attività lavorativa. Tali pregiudizi saranno pertanto risarcibili soltanto facendoli rientrare nel danno non patrimoniale, quali danni biologici ovvero morali. La Cassazione con la pronuncia del 2015 fa un ulteriore passo in avanti, ritenendo risarcibili i pregiudizi che non hanno ripercussione diretta ed immediata sul reddito del soggetto leso, quali danni comunque patrimoniali. Questi ulteriori eventuali danni patrimoniali deriverebbero da un'incapacità lavorativa generica, tradizionalmente ritenuta produttiva di soli danni non patrimoniali. Viene affermato, in particolare, che il pregiudizio derivante dalla perdita o dalla riduzione della capacità lavorativa generica, se il grado di invalidità non consenta al danneggiato di attendere anche ad altri lavori, confacenti alle attitudini e condizioni personali ed ambientali del soggetto leso, idonei alla produzione di reddito, comporti un risarcimento di un danno tipo patrimoniale, e più in particolare, di un danno da lucro cessante. I requisiti per questo tipo di risarcimento sarebbero dunque un'invalidità grave, derivante dal pregiudizio, che comporti una macropermanente. In realtà sarebbe più corretto tuttavia configurare la voce di danno patrimoniale quale danno da perdita di chance circa un futuro possibile guadagno, più che in qualità di perdita da lucro

psicofisica risarcibile quale danno biologico, costituendo una lesione di un'attitudine o di un modo di essere del soggetto.

La lesione della capacità lavorativa generica, consistente nella idoneità a svolgere un lavoro anche diverso dal proprio ma confacente alle proprie attitudini, può invero costituire anche un danno patrimoniale, non ricompreso nel danno biologico, la cui sussistenza va accertata caso per caso dal giudice di merito, il quale non può escluderlo per il solo fatto che le lesioni patite dalla vittima abbiano inciso o meno sulla sua capacità lavorativa specifica (cfr. Cass., 16 gennaio 2013, n. 908)» (Cass. civ., sez. III, 12 giugno 2015, n. 1221).

cessante, che sarebbe peraltro di più difficile accertamento. Rimane invece considerato danno non patrimoniale, nella specie danno biologico, il pregiudizio che derivi da una mera micropermanente, la cui entità cioè non sarebbe idonea a provocare un pregiudizio sulla sfera lavorativa e dunque reddituale del danneggiato.

Quest'orientamento non è comunque pienamente condiviso in dottrina, dove alcuni studiosi continuano a trovare nel concetto di incapacità lavorativa generica soltanto una forma di danno non patrimoniale, e nello specifico di danno biologico.

Altri sostengono invece che l'incapacità lavorativa generica attenga sì ad un danno di tipo non patrimoniale, ma come mera "personalizzazione", ossia come voce per aumentare la liquidazione del danno biologico, ove sussistente. Un'ulteriore parte della dottrina ritiene infine che il concetto di incapacità lavorativa generica sia invece del tutto erroneo e porti ad alcune problematiche sostanziali, quali il nutrito rischio di duplicazioni risarcitorie. Sulla base di quest'affermazione, si ritiene dunque che questa nozione sia inesatta e inopportuna, nata per sopperire ad una mancata possibilità di risarcire alcune tipologie di danni, ma oggi non più necessaria. Da sempre, invece, senza dubbio alcuno, si realizza un danno di tipo patrimoniale in relazione alla riduzione o perdita della capacità lavorativa specifica, purché alla stessa consegua un'effettiva riduzione di guadagno. In tal caso infatti, la vittima del pregiudizio in seguito alla lesione non è più in grado di svolgere l'attività professionale prima svolta, ovvero non può più aspirare all'esercizio di una certa attività lavorativa tale da perdere il reddito che prima percepiva, ovvero quello che avrebbe potuto verosimilmente guadagnare in futuro¹⁸.

In passato si riteneva potersi configurare solo in quest'ipotesi la risarcibilità del danno da lucro cessante, purché ovviamente ci fossero elementi idonei a ritenere

¹⁸ Cfr. Cass. civ, Sez. III, 29 ottobre 2001, n. 13409, in Foro it. Rep. 2001, Danni civili, n. 188; Cass. 27 luglio 2001, n. 10289, in Foro it. Rep. 2001, Danni civili, n. 193.