

Alessandro Tomaselli

SUL DANNO TANATOLOGICO: RIFLESSIONI E PROSPETTIVE.

Sommario: 1. L'evoluzione del danno alla persona nella pratica giurisprudenziale: dal sistema risarcitorio originario alla considerazione del "valore persona". 2. Le sentenze n. 184/86 e 372/94 della Corte Costituzionale: riconoscimento del danno biologico e problematiche conseguenti. 3. La creazione del danno esistenziale: dalle iniziali incertezze di dottrina e giurisprudenza alle sentenze nn. 8827 e 8828 del 2003 della Corte di Cassazione. 4. Fenomenologia del danno tanatologico nella sua evoluzione più recente: ruolo della giurisprudenza e problematiche attuali. 5. Il danno esistenziale dei congiunti: limiti dei criteri giuridici all'identificazione dei soggetti ammessi al risarcimento. 6. Il danno tanatologico e le recenti perplessità della giurisprudenza sul danno esistenziale.

1. L'evoluzione del danno alla persona nella pratica giurisprudenziale: dal sistema risarcitorio originario alla considerazione del "valore persona".

Il sistema tradizionale del danno extracontrattuale alla persona è stato sottoposto nel corso degli ultimi trent'anni a profondi mutamenti sia ad opera della dottrina sia, soprattutto, per effetto dell'evoluzione giurisprudenziale.

In particolare, è utile sottolineare come, a tale ultimo proposito, le sentenze della Corte Costituzionale n. 184/86¹ e n. 372/94², nonché le sentenze c.d. "gemelle" della Corte di Cassazione nn. 8827 e 8828 del 2003³, rappresentino dei mo-

¹ Corte Cost. 14/07/1986 n. 184, *GI*, 1987, I, 1, 392.

² Corte Cost. 27/10/1994 n. 372, *GC*, 1994, I, 3029.

³ Cass. civ., sez. un., nn. 8827 – 8828/03, *DeG*, 2003, 24, 26.

menti “storici” rispetto a ciò che va considerato risarcibile a titolo di danno alla persona a carattere non patrimoniale derivante da illecito aquiliano.

Le ragioni di tale evoluzione sono da individuare nel progressivo imporsi dell’esigenza di assicurare una maggiore e più intensa tutela a favore della persona. Tale esigenza, sempre più avvertita dalla “coscienza sociale”, ha trovato ragione della rilevanza giuridica e della dignità risarcitoria del danno alla persona attraverso il riferimento al principio di solidarietà sociale e al diritto alla tutela della salute espressi nella nostra Carta Costituzionale⁴.

L’impianto risarcitorio originariamente delineato dal Codice Civile del 1942 con riferimento al danno alla persona, si basava sul c.d. “sistema del doppio binario”: da un lato il danno patrimoniale, che trovava il suo riscontro normativo negli artt. 2043 e 2056 c.c., dall’altro il danno non patrimoniale, disciplinato dall’art. 2059 c.c.⁵.

Fino agli anni ’70 il danno alla persona era considerato per i suoi riflessi soltanto economici ed il problema della sua monetizzazione veniva risolto attraverso il riferimento alla titolarità di un reddito, o perlomeno, alla (presunta) capacità reddituale.

Di conseguenza, venivano risarcite *ex art. 2043 c.c.* le spese medico-sanitarie a titolo di danno emergente e l’assenza forzata dal posto di lavoro durante la degenza, nonché la limitazione della capacità lavorativa generica e di quella specifica come lucro cessante.

⁴ Ci si riferisce in particolare all’art. 2 della Costituzione, ai sensi del quale “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”, nonché all’art. 3 della stessa Carta Suprema secondo cui “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. E’ compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del paese”.

⁵ Cfr. a tal proposito M, Pogliani, in AA. VV., *Il danno biologico, patrimoniale e morale*, II ed., Milano, 1995, p. 2 e ss.

Dall'area dei danni risarcibili restava, invece, esclusa la perdita della vita, in considerazione del fatto che il soggetto legittimato al risarcimento si era ormai estinto, e quindi ai congiunti superstiti poteva essere riconosciuto esclusivamente il danno morale *ex* art. 2059 c.c., la cui liquidazione, peraltro, era condizionata da un lato alla configurazione dell'evento lesivo come reato⁶, dall'altro all'appartenenza dei congiunti medesimi alle categorie rilevanti per il nostro ordinamento giuridico ai fini successori. Nessun peso ai fini risarcitori assumeva il danno meramente psichico, ritenuto del tutto privo di rilevanza giuridica.

Questo sistema risarcitorio si sarebbe rilevato ben presto del tutto inadeguato, nella misura in cui dava origine ad una ingiustificata difformità di trattamento in ragione della diversa attività lavorativa svolta dalla vittima dell'illecito e quindi della differente entità del reddito dalla stessa percepita. Segnatamente, si proponeva alla valutazione equitativa del giudice il difficile compito di riconoscere un ristoro economico ai soggetti non titolari di alcun reddito da lavoro (es., i disoccupati) ovvero a coloro che non traevano un corrispettivo economico dall'attività lavorativa effettivamente svolta (es., le casalinghe). Non a caso, era proprio in riferimento a tali categorie di soggetti che la giurisprudenza aveva fatto ricorso, negli anni precedenti "l'irruzione" del danno biologico prima e di quello esistenziale dopo, alle discutibili categorie "meta-reddituali" del guadagno presunto o figurativo.

D'altra parte, a parziale giustificazione dell'originaria insensibilità del nostro codice alla rilevanza degli aspetti dell'essere umano non direttamente riferibili alla sua capacità reddituale (eccezion fatta per i limitati casi di cui all'art. 2059 c.c., e delle "resistenze" in tale prospettiva riscontrabili in dottrina come in giurisprudenza), stava la considerazione che

⁶ L'art. 2059 del nostro Codice, infatti, stabilisce espressamente che "il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge", tra i quali rientrano le fattispecie di cui all'art. 185 c.p.

tradizionalmente la rilevanza della persona con i suoi attributi come parametro di commisurazione del risarcimento era estranea già al diritto romano⁷ e alla tradizione che per secoli ad esso si era ispirata. Il risarcimento si considerava un'obbligazione che, in quanto tale, può riguardare solo il mondo delle cose, suscettibili, a differenza della persona, di conversione in una somma di denaro. Ciò spiega l'impossibilità originaria di considerare l'essere umano oggetto di un rapporto obbligatorio. Corrispondentemente (anche) in virtù di tali considerazioni si spiega come il danno alla persona acquisisca originariamente rilevanza esclusivamente in ragione di ciò che si desse come economicamente valutabile: in quest'ottica la dimensione patrimoniale veniva affidata in prevalenza al diritto civile, mentre quella non patrimoniale a quello penale⁸.

Tuttavia, come in precedenza si è accennato, l'originaria griglia ordinamentale relativa al risarcimento del danno alla persona manifesta tutti i suoi limiti non solamente nel momento della limitazione alla produzione di un reddito, ma anche, come meglio si vedrà in seguito, in relazione all'emersione, nella coscienza sociale e nella pratica delle corti, della rilevanza di aspetti della persona diversi da quelli presi in considerazione nell'ambito lavorativo: in tale direzione, seppur tra incertezze tanto terminologiche che concettuali, si spiega la nascita, la creazione da parte della dottrina e della Giurisprudenza, delle c.d. "nuove figure di danno"⁹, che altro non sono che tentativi di attribuire tutela e quindi rilevanza risarcitoria ad aspetti della persona per i quali si avverte ormai l'esigenza di un riconoscimento pieno da parte dell'ordinamento¹⁰.

⁷ Cfr. C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006, p. 57.

⁸ Cfr ancora C. Castronovo, *cit.*, p. 59 e la suindicata limitazione di cui all'art. 2059 c.c.

⁹ Fra tutte, la categoria del danno esistenziale, ormai (quasi) unanimemente riconosciuta dalle nostre corti e dalla moderna dottrina. Ma sul punto v. più avanti.

¹⁰ E che, più specificamente, è avvenuto in un primo tempo attraverso la considerazione della disposizione di cui all'art. 2043 c.c. come "clausola aperta".

Così le nostre corti sono venute gradualmente prendendo coscienza della centralità della persona con riferimento alla disciplina della responsabilità civile e dell'impossibilità di attribuire rilevanza al solo patrimonio.

2) *Le sentenze n. 184/86 e 372/94 della Corte Costituzionale: riconoscimento del danno biologico e problematiche conseguenti.*

Come già si è accennato, il contesto muta radicalmente grazie all'emersione della figura del danno biologico ed alla sua collocazione sistematica.

Attraverso, infatti, la sentenza della Corte Costituzionale n. 184/86 il danno biologico o danno alla salute riceve un riconoscimento "ufficiale" da parte del nostro ordinamento in virtù del collegamento tra l'art. 2043 c.c. (v. sopra) e l'art. 32 Cost.¹¹, cui si attribuisce non più solo valore programmatico, ma valore immediatamente precettivo, segnatamente di immediata operatività anche nei rapporti fra privati¹².

In particolare, il risarcimento del danno alla salute si riconduce alla clausola aperta, alla norma in bianco di cui all'art. 2043 c.c. in virtù della considerazione che l'aggettivo "ingiusto" in essa presente si riferisce anche a danni a carattere non patrimoniale (quale quello, appunto, di cui all'art. 32 Cost.)

Grazie quindi alla valorizzazione della persona, alla tradizionale bipartizione del danno in patrimoniale e non patrimoniale si aggiunge un *tertium genus* di danno, in modo da sottrarre i pregiudizi di carattere non patrimoniale dai limiti dell'art. 2059 c.c.

¹¹ A norma del quale "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana".

¹² V. in tal senso Cass. civ., sez. un., n. 796/73, in *Foro it.*, 1975, I, 689.

Tutto ciò non poteva non refluire sul problema del danno risarcibile in caso di morte¹³.

Segnatamente, il superamento del limite della patrimonialità e l'apertura al danno biologico pone un nuovo e più radicale problema: come può ammettersi che sia protetta la salute e che invece non trovi tutela quel suo stesso presupposto che è la vita.

Il superamento della sistemazione tradizionale pone quindi una questione mai prima chiaramente tematizzata: quella del danno tanatologico.

Inizialmente questa questione viene discussa sotto la categoria del danno biologico, seppur inteso in modo radicale come perdita del *bios*, della stessa vita.

Va innanzitutto chiarito però come la questione relativa alla risarcibilità del danno da morte riguardi in realtà due distinte fattispecie di danno: il danno da lesione del diritto alla salute del soggetto deceduto, il cui risarcimento si discute se possa essere azionabile *iure hereditatis* da parte dei congiunti superstiti (v. di seguito) ed il danno biologico subito direttamente da questi ultimi a causa della morte della vittima principale, fatto valere *iure proprio*.

¹³ Cfr. G. Alpa, *Il danno biologico*, Padova, 1993, pp. 97 e ss.; G. Giannini, *La questione del danno biologico in ipotesi di lesioni mortali*, in AA. VV., *Il danno biologico, patrimoniale, morale*, Milano, 1995, pp. 133 e ss.; C. Castronovo, *Il danno biologico da morte*, sta in *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, p. 151 e *Ibidem*, *La nuova resp. civile, cit.*, p. 53; M. Bona, *Lesioni mortali e danni tanatologici non pecuniari: danni risarcibili, quantificazione e questioni aperte*, in AA. VV., *Il nuovo danno alla persona*, Milano, 1999, pp. 81 e ss.; P. Cendon, *Trattato breve dei nuovi danni. Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medicolegali, processuali*, Padova, 2001; E. Navarretta, *Danni da morte e danno alla salute*, sta in *La valutazione del danno alla salute*, a cura di M. Bargagna e F.D. Busnelli, Padova, 2001, p. 261; R. Bordon – M. Palisi, *Il danno da morte*, Milano, 2002; L. Viola, *I danni derivanti da morte*, Halley, 2005; *Ibidem*, *I danni da morte (biologico, morale, esistenziale)*, sta in *Il danno alla persona. Trattato teorico-pratico*, Padova, 2006.

In ordine al primo problema, è necessario segnalare come, a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale n. 184/86, siano maturati in dottrina e giurisprudenza tre diversi orientamenti:

Un orientamento negativo esclude l'ammissibilità del risarcimento del danno biologico *iure hereditatis*, indipendentemente dal momento del verificarsi del decesso da parte della vittima principale.

In tal senso, ad esempio, Cass. Civ. n. 6938/88 afferma che "l'art. 2043 c.c., imponendo il risarcimento del danno ingiusto senza alcuna altra qualificazione, ha riguardo ad un *genus* caratterizzato dall'ingiustizia di esso e del quale, accanto alle tradizionali categorie del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale, costituisce una specie del danno biologico, inteso come menomazione dell'integrità psicofisica della persona in sé e per sé considerata, in quanto incidente sul valore uomo in tutta la sua concreta dimensione, che non si esaurisce nella sola attitudine a produrre ricchezza, ma si collega alla somma delle funzioni naturali afferenti al soggetto nell'ambiente in cui la vita si esplica ed aventi rilevanza non solo economica, ma anche biologica, sociale, culturale ed estetica; consegue che tale danno, concernente la riparazione delle lesioni apportate ad un diritto personalissimo del danneggiato, non può essere riconosciuto agli eredi della vittima".

In sintesi, le motivazioni addotte da chi ha sostenuto tale posizione si articolavano in tre punti: 1) il diritto al risarcimento del danno biologico è personalissimo e quindi intrasmissibile; 2) la morte non permette di configurare un danno biologico perché per la sua sussistenza è necessaria la permanenza in vita del soggetto leso; 3) un morto non acquista alcun diritto e conseguentemente non può trasmetterlo (art. 456 c.c.).

Un orientamento positivo ammette, invece, il risarcimento del danno biologico *iure hereditatis*, anche in caso di morte istantanea.

In tal senso si è espresso, ad esempio, Trib. Massa Carrara 20 gennaio 1990¹⁴ secondo il quale “Nel momento in cui l’integrità psicofisica di una persona (situazione giuridica iniziale) viene negativamente mutata dall’azione od omissione dolosa o colposa di un altro soggetto, entra nel patrimonio del leso il diritto al risarcimento del danno e, se la lesione giunge ad una gravità tale da determinare la morte del leso stesso (situazione finale), detto credito risarcitorio, che forma e concorre a formare l’asse, si trasmette *iure hereditario* agli aventi diritto... Tale azione ha una sua progressività anche quando sembra che la morte sia istantanea. L’evento, che è conseguenza dell’azione od omissione e che chiude il fatto antiggiuridico, va dalle semplici contusioni, alla menomazione, sino alla vitale disaggregazione dell’organismo con conseguente morte del soggetto”.

I fautori di tale orientamento hanno sostanzialmente preso le mosse dall’espressa tutela che il diritto alla salute riceve nella nostra Costituzione in virtù dell’art. 32 e dall’ormai pacifico riconoscimento giurisprudenziale della risarcibilità dei pregiudizi subiti da tale bene.

Considerato che la perdita della vita rappresenta la forma più grave di danno alla salute sembrerebbe logico garantirne la tutela risarcitoria ed ammetterne la pretesa in capo agli eredi. Il risarcimento del danno biologico subito per la perdita della vita si assume, così, trasmissibile anche in caso di morte istantanea.

I sostenitori di tale tesi basano le loro argomentazioni su una considerazione apparentemente insuperabile: negare il risarcimento *iure hereditatis* in caso di morte istantanea e ammetterlo solo in presenza di un apprezzabile lasso di tempo fra l’evento lesivo e la morte porterebbe all’assurda conclusione per cui sarebbe più conveniente cagionare la morte immediata di una persona piuttosto che procurarle “semplici” lesioni.

Un orientamento compromissorio, infine, ammette il risarcimento del danno biologico *iure hereditatis* a condizione che tra l’evento lesivo e la morte sia intercorso un apprezzabile lasso di tempo.

¹⁴ Sta in *Arch. Giur. Circolaz.*, 1990, 404.

Una tra le tante pronunce in tal senso è, ad es., quella del Trib. Milano 4 giugno 1990¹⁵ che, dopo avere precisato che “il danno biologico, considerato sia nel suo aspetto statico (diminuzione del bene primario dell’integrità psicofisica in sé e per sé considerata), sia nel suo aspetto dinamico (manifestazioni ed espressioni quotidiane riguardanti sia l’attività lavorativa, che tutte le attività extra lavorative, ponendo il soggetto in condizione di produrre utilità) presuppone l’esistenza in vita della persona lesa e quindi nulla ha a che fare con la morte (istantanea o ad intervallo di tempo non apprezzabile e rilevante nel quadro del diritto costituzionale alla salute, ovvero al benessere psicofisico), per il semplice fatto che l’evento letale annulla l’esistenza o diritto alla vita”, aggiunge, tra l’altro, che “peraltro la diminuzione del bene salute ai fini della sua quantificazione non può prescindere dalla entità della lesione permanente, né della sua prevedibile durata. Quindi, nei casi di morte istantanea o vicina all’evento dannoso, non sussiste nessun risarcimento del diritto alla salute che possa essere trasmesso agli eredi, per il fatto che manca un lasso di tempo durante il quale il soggetto debba affrontare la vita con le ridotte potenzialità di cui si è detto sopra”.

Tale tesi, che ha costituito e costituisce tuttora la linea interpretativa della prevalente giurisprudenza¹⁶, si fonda, dunque, al pari di quella che si è chiamata “positiva” sulla distinzione tra diritto alla vita e diritto alla salute (alla cui esclusiva tutela sarebbe preposto appunto il danno biologico) e presuppone la sopravvivenza del soggetto leso per un certo periodo di tempo in condizioni di ridotta potenzialità vitale. Tale periodo intermedio permette l’acquisto del credito risarcitorio al patrimonio del *de cuius*, e dunque la sua appartenenza all’asse ereditario e la sua trasmissione agli eredi.

Si è già fatto cenno alle critiche e alle perplessità cui tale orientamento dà luogo: riconoscere, infatti, il risarcimento del

¹⁵ Sta in *Giur. merito*, 1992, 369.

¹⁶ Tra l’altro, è il caso di anticipare come tale tesi “compromissoria” abbia ispirato l’altra sentenza-cardine avuto riguardo la materia che ci interessa e che tratteremo in seguito, vale a dire la pronuncia della Corte Costituzionale n. 372/94.

danno agli eredi solo in ipotesi di lesioni non immediatamente mortali, da un lato, porta a conseguenze aberranti nella misura in cui lascia del tutto sfinite di ristoro le ipotesi di decesso istantaneo o di decesso molto ravvicinato all'evento lesivo; dall'altro, quand'anche la morte intervenga in un momento successivo, il danno biologico ritenuto risarcibile per trasmissione ereditaria sarà soltanto quello maturato dal *de cuius* nel periodo intermedio intercorso tra la lesione e il decesso, poiché solo in tale arco di tempo la vittima subisce una effettiva compromissione del diritto alla salute¹⁷.

Tale soluzione, oltretutto, porta di fatto nella maggioranza dei casi a risarcimenti estremamente modesti.

D'altro canto, non è difficile immaginare quali siano le ragioni che hanno indotto la giurisprudenza (di legittimità e di merito) prevalente a costruire la linea argomentativa di tale orientamento compromissorio: da un lato, l'esigenza di sanzionare con la tutela risarcitoria l'esistenza e la rilevanza del "diritto alla vita", e, dall'altro, la difficoltà dogmatica di assumerlo come fondamento di una pretesa che compete necessariamente non al titolare ma ad altri soggetti.

Altra questione, come si è accennato, riguarda la risarcibilità del danno biologico (eventualmente) sofferto dai superstiti congiunti della vittima, azionabile *iure proprio* (c.d. "danno riflesso o di rimbalzo"¹⁸).

Al riguardo, è da premettere che da un evento luttuoso può sorgere in capo al congiunto un pregiudizio di natura psichica che si protrae oltre il tempo fisiologico del lutto ed assumere le caratteristiche di una menomazione psichica medicalmente accertabile. Quando tale pregiudizio si concreti in una modificazione patologica del preesistente equilibrio psichico giungerà a delinearsi come danno biologico di natura psichica che si distinguerà quindi dal danno morale, inteso come l'ordinaria sofferenza cagionata dalla perdita di un congiunto.

¹⁷ Cfr. G. Barzazi – P. Bosio – A. Demori – D. Roncali, *Il danno da morte biologico e morale*, Padova, 2000, p. 37.

¹⁸ V. P. G. Monateri e M. Bona, *Il risarcimento delle vittime di rimbalzo*, in *Il danno alla persona*, Padova, 1998, pp. 291 e ss.; M. Palisi, *Il danno biologico*, in *Il danno da morte, cit.*, pp. 73 e ss.

A tal proposito, per quanto sia pacifico ormai in giurisprudenza¹⁹ che l'autore del fatto illecito sia obbligato a risarcire non solo i danni arrecati alla persona immediatamente offesa dalla sua azione, ma anche i danni procurati ai familiari della vittima (in virtù, si sostiene, dalla necessaria tutela aquiliana del diritto di credito o dell'aspettativa di una prestazione derivante dai vincoli di solidarietà e di assistenza esistenti tra i familiari *ex* artt. 143, 147 e 433 c.c. e frustrata dal fatto illecito), è necessario considerare la pronuncia della Corte Costituzionale n. 372/94, altro disposto fondamentale in materia del risarcimento del danno non patrimoniale.

La questione dalla quale origina tale sentenza è relativa proprio all'ipotesi di risarcimento del danno alla salute patito dai familiari per la morte di un congiunto.

Un diritto di tal fatta in capo ai familiari viene ammesso per la prima volta nella seconda metà degli anni '80 e comincia a trovare un lento, ma graduale riconoscimento da parte dei giudici di merito all'inizio degli anni '90.

Il punto controverso è costituito dal riferimento normativo in forza del quale ammettere la risarcibilità del danno in questione, se l'art. 2043 c.c. o l'art. 2059 c.c.: attraverso l'ordinanza n. 2879 del 10 novembre 1993 il Tribunale di Firenze solleva la questione di legittimità costituzionale in riferimento alle due disposizioni codicistiche in oggetto nella parte in cui, in relazione agli artt. 2 e 32 della Costituzione, non consentono il risarcimento del danno per la violazione del diritto alla vita e rimette quindi gli atti alla Corte Costituzionale.

La Corte, sul presupposto della distinzione tra vita e salute (considerate, sebbene connesse ("la seconda essendo una qualità della prima"), "beni giuridici diversi, oggetto di diritti distinti") ritiene che "la lesione dell'integrità fisica con esito letale non può considerarsi una semplice sottoipotesi di lesione alla salute in senso proprio ("la quale implica la permanenza in vita del leso con menomazioni invalidanti"). E su questa base critica l'operato del giudice rimettente per aver questo erroneamente trasferito l'impianto teorico della sentenza della stessa Corte Costituzionale (n. 184/86) - "costruito sull'ipotesi di "menomazione dell'integrità psico-fisica dell'offeso, che trasforma in patologia la stessa

¹⁹ Si veda, ad es., Cass. civ., n. 60/91, *GI*, 1991, I, 1.

fisiologica integrità" - alla diversa ipotesi di lesione dell'integrità fisica immediatamente letale (senza il tramite di una fase intermedia di malattia), sul riflesso che la morte è la massima lesione possibile della salute". La "conclusione paradossale" cui si giunge per tal via è che nella seconda ipotesi (lesione dell'integrità fisica immediatamente letale) "l'evento morte viene escluso dagli elementi costitutivi del fatto illecito e annoverato tra i danni conseguenza, irrilevanti secondo la detta costruzione dogmatica: "se la lesione alla salute è l'intrinseca antiggiuridicità dell'evento dannoso, del tutto distinto dalle conseguenze, appare evidente che l'evento morte, per quanto ravvicinato sia all'evento lesione, non può che porsi ontologicamente, prima che temporalmente, tra le conseguenze del fatto: è, cioè, una conseguenza della violazione; ma la lesione del bene salute, e con essa il danno evento, si è già verificata". Ma con ciò - una volta corretto l'errore che rapporta il danno risarcibile alla lesione per se stessa, indipendentemente dalle conseguenze pregiudizievoli - si finisce col dar ragione alla giurisprudenza contraria ad ammettere pretese risarcitorie *iure hereditario*".

La Corte, quindi, ritiene inammissibile l'azione *iure hereditatis* esperita dai congiunti della vittima affermando che "...l'ostacolo a riconoscere ai congiunti un diritto al risarcimento in qualità di eredi...proviene...da un limite strutturale della responsabilità civile...afferente sia all'oggetto del risarcimento, che non può consistere se non in una perdita cagionata dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva...sia alla liquidazione del danno che non può riferirsi se non a perdite...".

L'esperibilità di tale azione viene invece ammessa dalla Corte solo in riferimento al pregiudizio verificatosi nel tempo intercorso tra l'evento lesivo e il decesso (v. sopra), sancendo al contempo la riconducibilità del ristoro del danno biologico (eventualmente) subito dai congiunti superstiti sotto forma di danno *psichico* all'art. 2059 c.c. e a condizione che lo stesso assuma i caratteri di vera e propria malattia psichica.

Più precisamente, la Corte, dopo avere sconfessato l'opinione del giudice *a quo* secondo cui i "danni non patrimoniali" previsti dall'art. 2059 si restringono al danno morale soggettivo (che deve essere tenuto distinto dal danno alla salute, precisando, a tal proposito, che "il danno biologico, al pari di ogni altro danno ingiusto, è risarcibile soltanto come pregiudizio effettivamente conseguente a una lesione"), aggiunge che "nell'ipotesi particolare di cui si discute l'interpretazione restrittiva dell'art. 2059, in relazione all'art. 185 cod.pen., non regge alla prova dell'argomento pratico dell'irrazionalità di una decisione che nelle conseguenze dello shock psichico patito dal familiare discerna ciò che è soltanto danno morale soggettivo da ciò che incide sulla salute, per ammettere al risarcimento solo il primo". E su queste basi conclude sostenendo che "il danno alla salute è qui momento terminale di un processo patogeno originato dal medesimo

turbamento dell'equilibrio psichico che sostanzia il danno morale soggettivo, e che, in persone predisposte da particolari condizioni (debolezza cardiaca, fragilità nervosa, ecc.), anziché esaurirsi in un patema d'animo od in uno stato d'angoscia transeunte, può degenerare in un trauma fisico o psichico permanente, alle cui conseguenze in termini di perdita di qualità personali, e non semplicemente al pretium doloris in senso stretto, va allora commisurato il risarcimento”.

In sostanza, la Corte, ribaltando la tradizionale sequela temporale che prevede(va) che al danno biologico seguisse quello morale, sancisce che il primo (eventualmente) origina dal secondo e dunque, così come il danno morale trova risarcimento nell'art. 2059 c.c., allo stesso modo il ristoro del danno biologico di natura psichica trae dalla medesima disposizione il fondamento del suo risarcimento²⁰.

Ai sensi della decisione in oggetto, dunque:

- a) il danno biologico *iure hereditatis* è risarcibile agli eredi solo a condizione che tra l'evento lesivo ed il decesso sia intercorso un apprezzabile periodo di tempo nel corso del quale il diritto al risarcimento si sia consolidato in capo al soggetto leso;
- b) il danno biologico è risarcibile ai congiunti *iure proprio* ex art. 2059 c.c., riconducendo a tale norma non solo il turbamento subito dai familiari, ma anche la malattia psichica che può originarsi da tale turbamento²¹.

Conseguentemente, con riferimento alla vittima primaria dell'illecito, rimangono prive di tutela risarcitoria le ipotesi di lesioni immediatamente mortali, mentre riguardo ai congiunti il risarcimento (ex art. 2059 c.c.) è subordinato all'accertamento di una vera e propria patologia.

Tuttavia, è da rilevare come, innanzitutto, la Corte non fornisca elementi relativi ai criteri distintivi tra danno morale e danno psichico, e cioè non chiarisca esattamente in base a cosa possa distinguersi la prima tipologia di pregiudizio dalla seconda.

Segnatamente, sebbene sembri ricondurre il danno biologico a norme diverse a seconda del suo carattere fisico (art. 2043 c.c.) o psichico (art. 2059 c.c.), la Corte tuttavia non sembra chiarire in base a cosa si possa distinguere il danno concretatosi in una patologia mentale dal mero danno morale (anche in considerazione della restrizioni cui tale ultima voce

²⁰ Cfr. a tal proposito C. Castronovo, *Il danno biologico da morte, cit.*, pp. 191 e ss. secondo cui “...la sent. n. 372/94, recuperando l'art. 2059, permette di riaffermare che il danno alla salute è danno non patrimoniale...” e inoltre come “...l'art. 2059, in seguito all'elaborazione operata dalla sent. n. 372, invece di essere la paventata prigioniera del danno biologico, diviene il luogo di sua collocazione naturale...”.

²¹ In tal senso discostandosi dalla segnalata sentenza della stessa Corte Costituzionale n. 184/86, che, invece, riconduceva il risarcimento del danno biologico all'art. 2043 c.c., da interpretarsi come “clausola aperta” alla luce dell'art. 32 Cost (v. sopra).

di danno deve sottostare²²): ci si dovrà rifare ad un criterio *temporale* (danno transeunte=danno morale, danno permanente=danno psichico) o ad un criterio relativo all'*intensità* del pregiudizio subito (danno lieve=danno morale, danno grave=danno psichico)?

Inoltre, la decisione della Corte tralascia di prendere posizione su questioni ormai cruciali riguardanti il pregiudizio in sé delle relazioni affettive e della qualità della vita dei superstiti (e, a determinate condizioni, di quella della vittima primaria; v. par. 4).

L'oggetto di tale arresto della Corte Costituzionale, infatti, si limita all'individuazione della disciplina applicabile al risarcimento del danno biologico (per lesione della vita della vittima) e *iure proprio* (per la patologia fisio-psichica permanente causata dall'evento mortale al familiare), ma non considera la diversa, e più rilevante, questione del danno esistenziale subito dai congiunti.

3. La creazione del danno esistenziale: dalle iniziali incertezze di dottrina e giurisprudenza alle sentenze nn. 8827 e 8828 del 2003 della Corte di Cassazione.

Nonostante la generale risarcibilità del danno biologico, ormai pacificamente affermata in giurisprudenza come in dottrina partire dalla metà degli anni '80, il dibattito relativo al risarcimento del danno non patrimoniale tuttavia non poteva certamente dirsi esaurito: oltre, infatti, agli interrogativi e ai problemi cui si è fatto cenno, si evidenziavano sempre più i limiti che tale categoria prospettava in merito al ristoro relativo ad altre ipotesi di pregiudizio personale (...) che nel nuovo clima, non apparivano, però, meno meritevoli di tutela²³.

Conseguentemente, in soccorso a tali nuove e pressanti istanze di tutela della persona, la giurisprudenza, avallata da parte della dottrina, ha dato vita alla controversa figura del c.d. danno esistenziale²⁴.

²² Verificarsi di una fattispecie di reato.

²³ Così M. Barcellona, *Sul danno non patrimoniale: analisi di un itinerario giurisprudenziale*, in *Scritti in onore di G. Nicosia*, Milano, 2007.

²⁴ Sul punto Bellantoni – Benigni, *La lesione dei diritti della persona*, Padova, 2007; Christandl, *La risarcibilità del danno esistenziale*, Milano, 2007; Cassano, *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale*, Padova, 2006; C. Castronovo, *La nuova resp. civile*, cit.; P. Cendon – Baldassari, *Il danno alla persona*, Bologna, 2006; Dominici (a cura di), *Il danno psichico ed esistenziale*, Milano, 2006; L. Viola, *I danni da morte (biologico, morale, esistenziale)*, sta in *Il danno alla persona. Trattato teorico-pratico*, a cura di Cassano, Padova, 2006; P. Cendon (a cura di), *Il diritto delle relazioni affettive: nuove responsabilità e nuovi danni*, Paova, 2005; I. Viola, *I danni derivanti da morte*, cit.; P. Cendon, *Persona e danno. Percorso giurisprudenziale*, II, Milano, 2004; Ibidem (a cura di), *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, Padova, 2004; M. Franzoni, *Il danno risarcibile*, Milano, 2004; P. Cendon – P. Ziviz, *Il risarcimento del danno*

La *ratio* di tale nuova tipologia di pregiudizio consiste nell'estendere l'area del risarcimento con riferimento alla modificazione peggiorativa della (qualità della) vita della vittima (diretta ed indiretta) del fatto illecito non coincidente né con il mero patema d'animo né con il danno biologico, attraverso il rilievo, in particolare, attribuito al pregiudizio alle relazioni parentali ed affettive.

Allo scopo, dunque, di non lasciare sfornite di tutela l'insieme di quelle ripercussioni personali e relazionali negative subite da parte di un soggetto per effetto di un illecito altrui, nello spirito di una sempre maggiore valorizzazione della persona, parte (della dottrina e) della giurisprudenza ha ritenuto di attribuire una qualche forma di rilevanza ad aspetti della vita rispetto ai quali il mondo del diritto mostrava una tradizionale indifferenza. Ma nel fare ciò ha seguito percorsi argomentativi che, almeno nella fase iniziale, hanno mostrato molti limiti strutturali e concettuali.

A tal proposito, è utile prendere le mosse da alcune pronunce che più o meno espressamente prendono in considerazione i pregiudizi di carattere esistenziale, ma che al contempo non sembrano del tutto coerenti con le giustificazioni addotte per sostenere tale conclusione.

Secondo le sentenze Cass. nn. 645/90 e 3564/96, ad esempio, il danno esistenziale va inteso come danno alla vita di relazione ed è da ricomprendersi nel danno biologico, che conseguentemente può essere "...limitato alla sfera del soggetto offeso o anche esteso alle relazioni di costui con terzi...", caratterizzandosi come "...personale o interpersonale...".

Parimenti, secondo il Tribunale di Monza (sent. 7/06/1995²⁵) "...va riconosciuto che il complessivo valore *uomo* comprende

esistenziale, Milano, 2003; G. Ponzanelli (a cura di), *Critica del danno esistenziale*, Padova, 2003; R. Bordon – M. Palisi, *cit.*; P. Cendon, *Trattato breve dei nuovi danni*, *cit.*; E. Navarretta, *cit.*; Bailo, *cit.*; G. Barzazi – P. Bosio – A. Demori – D. Roncali, *cit.*; P. Zviz, *La tutela risarcitoria della persona: danno morale e danno esistenziale*, Milano, 1999; C. Castronovo, *Il danno biologico da morte*, *cit.*; M. Franzoni, *Il danno da uccisione*, *cit.*

²⁵ Trib. Monza 7/06/1995, RCP, 1996, 389, che conclude, è il caso di rimarcare, nel senso di una discutibile distinzione tra "danno biologico in senso stretto" e "danno biologico in senso lato", da intendersi il primo come afferente a lesioni all'integrità psicofisica del soggetto, il secondo invece come impeditivo "del libero sviluppo della persona nei suoi aspetti non patrimoniali, che sono limitati e fortemente danneggiati da una lesione subita da altra persona (nel caso di specie, un figlio deceduto)".

anche in modo necessario le dimensioni attinenti alla partecipazione della stessa persona alla vita di relazione, quotidiana e familiare ...” e che “...non può seriamente dubitarsi che nel danno ingiusto vadano, per via della stessa *ratio* del riconoscimento del danno biologico, inteso quale danno alla salute, ricomprese per essere risarcite tutte quelle menomazioni alla persona che ne impediscono il libero sviluppo, vuoi come singolo, vuoi nelle formazioni sociali in cui necessariamente o volontariamente si svolga la sua personalità...”.

Altra corrente giurisprudenziale, invece, ha sancito il ristoro del danno in esame in virtù dell'applicazione del principio generale del *neminem laedere*. In essa tale danno è ritenuto ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c., ma se ne prospetta nel contempo l'inquadramento nell'ambito di un'unica categoria (quella del danno esistenziale, appunto) estranea alla “tradizione classica del danno biologico, del danno morale e del danno patrimoniale, i cui contorni e contenuti, di volta in volta individuati sulla base del diritto leso, non possono che essere individuati alla luce dei valori costituzionalmente garantiti *ex art. 2 Cost.* in rapporto ai quali devono essere necessariamente valutate le singole situazioni soggettive attive comprese dal fatto illecito altrui...”²⁶.

In questa diversa prospettiva, dunque, il danno esistenziale sarebbe risarcibile in quanto *species* del danno ingiusto. Ciò consentirebbe di attribuire rilevanza aquiliana a tutti quei pregiudizi (anche non patrimoniali) che non si risolvano nel mero danno morale soggettivo (da intendersi quest'ultimo come sofferenza transeunte)²⁷, e, prospettandosi conseguentemente come categoria autonoma rispetto al danno biologico, risponderebbe all'esigenza “di estenderne il risarcimento oltre la persona la cui integrità psico-fisica risultasse lesa”²⁸.

A mettere ordine e, quindi, a risolvere (anche se non definitivamente - v. oltre nota n. 29) ogni contrasto giurisprudenziale (e dottrinario) in riferimento alla problematica generale del danno alla persona, provvede la stessa Corte di Cassazione attraverso le sentenze c.d.

²⁶ Trib. Torino 8/08/1995, *RCP*, 1996, 282.

²⁷ Si veda in tal senso la sentenza della Corte di Cassazione n. 4671/96, che ha applicato tale principio al caso di un coniuge pregiudicato nel proprio “diritto ai rapporti sessuali con l'altro” e da risarcire, quindi, in base al precetto di cui all'art. 2043 c.c. e non a quello di cui all'art. 2059 c.c.

²⁸ Così ancora M. Barcellona, *cit.*

“gemelle” nn. 8827 e 8828/03²⁹, autentiche pietre miliari nel percorso di modernizzazione della disciplina del danno non patrimoniale.

In virtù di un vero e proprio processo di reinterpretazione dell’art. 2059 c.c., infatti, la Suprema Corte giunge ad ammettere la risarcibilità dei pregiudizi tipicamente rientranti nella categoria del danno esistenziale, riconducendo, però, la disciplina della tutela risarcitoria della persona al sistema bipolare del danno patrimoniale dell’art. 2043 c.c. e del danno non patrimoniale dell’art. 2059 c.c., a cui sono assegnati la disciplina del danno biologico, del danno morale soggettivo e di quello esistenziale.

In particolare, il primo caso riguardava la domanda risarcitoria proposta dai genitori di un minore rimasto gravemente leso a causa di errori medici commessi al momento del parto: la Suprema Corte, nel respingere il ricorso dei danneggiati, rilevava che il pregiudizio derivante dalla compromissione delle antecedenti condizioni di vita dei congiunti merita di essere autonomamente risarcito, cumulativamente alla sofferenza interiore subita, mentre nell’altro caso la stessa Corte di Cassazione ha riconosciuto il risarcimento del danno per la perdita del rapporto con il congiunto deceduto a causa di un incidente stradale.

Segnatamente, sulla base della premessa secondo cui “...il danno non patrimoniale da uccisione di congiunto non coincide con la lesione dell’interesse protetto, esso consiste in una perdita, nella privazione di un valore non economico, ma personale, costituito dalla irreversibile perdita del godimento del congiunto, dalla definitiva preclusione delle reciproche relazioni interpersonali, secondo le varie modalità con le quali normalmente si esprimono nell’ambito del nucleo familiare; perdita, privazione e preclusione che costituiscono conseguenza della lesione dell’interesse protetto” ed in considerazione del suddetto interesse leso come afferente la sfera dei diritti inviolabili tutelati dalla Costituzione (relativamente ai quali, sempre nell’opinione del Supremo Collegio, non può ritenersi operante il limite di cui all’art. 2059 c.c.), la Cassazione afferma che “si deve quindi ritenere

²⁹ Sta in *D&G*, 2003, 24, 26.

ormai acquisito, da parte dell'ordinamento positivo, il riconoscimento della lata estensione della nozione di danno non patrimoniale, da intendersi come danno da lesione di valori inerenti alla persona, e non più solo come danno morale soggettivo", e, soprattutto, che "il soggetto che chiede il risarcimento del danno subito in conseguenza della uccisione di un congiunto lamenta l'incisione di un interesse giuridico diverso sia dal bene salute, del quale è titolare, la cui tutela ex articolo 32 Cost., ove risulti intaccata l'integrità biopsichica, si esprime mediante il risarcimento del danno biologico, sia dall'interesse all'integrità morale, la cui tutela, agevolmente ricollegabile all'articolo 2 Cost., ove sia determinata una ingiusta sofferenza contingente, si esprime mediante il risarcimento del danno morale soggettivo".

Dunque, "l'interesse fatto valere nel caso di danno da uccisione di congiunto è quello alla intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia, alla inviolabilità della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito di quella peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia, la cui tutela è ricollegabile agli articoli 2, 29 e 30 Cost. (così Cass Civ., n. 8828/03)".

In conclusione, il danno non patrimoniale riguarderebbe ora qualsiasi lesione di valori inerenti alla persona e non più il solo dolore psicofisico, ossia la sofferenza contingente ed il turbamento d'animo transeunte, assumendo rilevanza "l'ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona, dalla quale conseguano pregiudizi non suscettibili di valutazione economica"³⁰ (e quindi ammettendo la risarcibilità di un pregiudizio che si concretizzi in una compromissione della dimensione relazionale del congiunto³¹).

³⁰ Ancora Cass. 31/05/2003, n. 8828, *cit.*

³¹ E' necessario a tal punto precisare che per quanto, come più volte sottolineato, le sentenze "gemelle" rappresentino l'inizio di un nuovo corso con riguardo l'ambito del danno alla persona, e, in particolare, del danno esistenziale, bisogna tuttavia prendere atto (ancora) di una mancanza di uniformità nell'opinione della giurisprudenza in materia, tanto che c'è chi ha continuato ad argomentare persino nel senso dell'inesistenza proprio della categoria del danno esistenziale stesso.

Esemplare in tal senso è la pronuncia della sezione III della Corte di Cassazione n. 15022 del 2005 (in *D&G*, n. 40/05, p. 48), che nonostante segua lo stesso percorso argomentativo di cui alle due decisioni del 2003, giunge, come accennato, a negare rilevanza alla "generica" figura categoriale, appunto, del danno esistenziale, sulla base delle seguenti considerazioni: a) il danno non patrimoniale è una categoria ampia, comprensiva non solo di quel che un tempo veniva chiamato "danno morale", e cioè della mera sofferenza, ma anche di qualsiasi pregiudizio non suscettibile di valutazione economica; b) il danno non patrimoniale, al contrario di quello patrimoniale, è per definizione "tipico": infatti, non tutti i pregiudizi o disagi non pecuniari sono risarcibili, ma solo quelli espressamente dichiarati tali dalla legge, ovvero derivanti dalla lesione di valori inviolabili della persona; c) poiché il danno non patrimoniale è essenzialmente tipico, cioè risarcibile nei soli casi previsti dalla legge, non

Questa inerenza del danno non patrimoniale all'ingiusta lesione di un qualsiasi interesse relativa alla persona va sottolineata anche al fine di individuare con maggiore precisione la distinzione tra danno esistenziale da un lato e danno morale dall'altro, e che non si basa tanto sul carattere permanente del primo ed invece temporaneo del secondo, quanto sulla natura del pregiudizio subito.

Il danno morale riguarda infatti la sofferenza interna della vittima (anche indiretta) dell'illecito (es., la morte di un proprio caro), il turbamento d'animo che di norma caratterizza il periodo immediatamente successivo il suo verificarsi (la c.d. elaborazione del lutto) e che, per quanto sia innegabile la sua influenza sulla sfera esterna-relazionale del soggetto, tuttavia è da riferirsi fondamentalmente alla sua dimensione più intima.

Il danno esistenziale, invece, è relativo al modo di relazionarsi con gli altri e con il mondo in generale, alla sfera "esterna" dell'individuo, in guisa da pregiudicarne o peggiorarne sensibilmente la qualità della vita.

è concepibile nel nostro ordinamento alcuna generica categoria di danno non patrimoniale definibile come "danno esistenziale", nella cui genericità ed indefinitezza confluiscono pregiudizi patrimoniali atipici e perciò irrisarcibili alla stregua dell'art. 2059 c.c.; d) il danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale, in quanto scaturente da un valore della persona costituzionalmente garantito, è sempre risarcibile *ex art.* 2059 c.c. Tale danno, tuttavia, non è mai *in re ipsa*, ma va debitamente dedotto e dimostrato, sia pure in base al notorio o a presunzioni semplici.

Tale mancanza di allineamento nelle posizioni dei nostri giudici (come visto, anche della Corte di Cassazione...) non è un fenomeno da sottovalutarsi, perché, qualora dovesse riuscire ad invertire nuovamente il *trend* in materia, è chiaro che avrebbe l'effetto di ricondurre (nuovamente) l'intero ambito della tutela aquiliana del danno nel caos, rimettendo in discussione punti fermi e conclusioni, come visto, faticosamente raggiunti nel corso degli anni.

In tal senso v. anche Cass. civ., sez. III, n. 9514/07 ai sensi della quale il danno esistenziale non costituirebbe un'autonoma voce di danno, ma sarebbe da ricomprendersi nel danno biologico (ma sul punto v. oltre - par. 6).

Non è quindi una questione di mera durata del pregiudizio, tanto che potrà configurarsi anche un danno esistenziale temporaneo³², qualora la lesione incida in modo non stabile sulla vita del soggetto, addirittura potendo rilevare in tal senso anche un danno esistenziale limitato ad un lasso di tempo piuttosto breve³³.

Non si danno ragioni plausibili, infatti, per porre un limite alla tutela dello sviluppo della personalità ove il pregiudizio abbia carattere temporaneo e, però, concerna la dimensione relazionale interessata proprio dal danno esistenziale.

Per ciò che maggiormente ci interessa, e anticipando in parte quanto si dirà in seguito, è necessario rimarcare come la rilevanza attribuita al danno esistenziale in sede risarcitoria costituisca un passaggio fondamentale anche con riguardo al danno tanatologico.

Innanzitutto, il rilievo attribuito al danno esistenziale consentirà di riconoscere ai congiunti della vittima un ristoro in considerazione del pregiudizio arrecato alla loro qualità della vita in sé considerato, senza che sia dunque più necessario sancire a favore degli stessi la trasmissibilità del diritto alla vita del *de cuius*.

Oltretutto, è da dire come alla dignità risarcitoria acquisita dal danno esistenziale consegua l'effetto di dovere riconsiderare le distinte voci di pregiudizio derivanti da un evento luttuoso. Segnatamente, nel caso di morte contestuale all'illecito, al danno biologico (eventuale) e a quello morale a favore dei congiunti potrà aggiungersi quello recato loro dal turbamento dell'equilibrio e della serenità familiari, che, nel caso di decesso non istantaneo, potranno sommarsi al danno biologico sofferto dalla vittima primaria dell'illecito nel periodo intercorrente tra il verificarsi dello stesso e la morte e il danno esistenziale patito dalla stessa vittima primaria,

³² V. P. Cendon, *Esistere o non esistere*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 1257-1260 e F. Bigotta, *Morte del familiare convivente e danno esistenziale a carattere temporale del congiunto*, in *Il diritto di fam. e delle persone*, 2002, 80.

³³ Tanto che, in sede di richiesta di risarcimento del danno, ciò di cui si lamenta la lesione (e di cui si domanda, appunto, il ristoro) è costituito essenzialmente da un *quid* (danno morale o esistenziale che sia), solo eventualmente sviluppatosi per un tempo più o meno lungo, ma non la durata in sé, che, semmai, costituirà uno dei criteri cui l'interprete potrà rifarsi ai fini della determinazione equitativa del *quantum* risarcibile.

qualora abbia con lucidità atteso la propria dipartita per un apprezzabile lasso di tempo.

4. Fenomenologia del danno tanatologico nella sua evoluzione più recente: ruolo della giurisprudenza e problematiche attuali.

Dall'analisi, seppur sommaria, del percorso giurisprudenziale relativo al danno da morte, emerge come il risarcimento si sia venuto estendendo ad aspetti della persona fino a poco tempo prima irrilevanti per il diritto, e come permanga tuttavia ancora parecchia incertezza concettuale e conseguentemente operativa.

Il punto è che ciò di cui si discute sotto "l'etichetta" di danno tanatologico rimane un concetto ambiguo che racchiude profili e problemi diversi, che invece sembra necessario distinguere.

Innanzitutto, è necessario operare una distinzione fra le tipologie di pregiudizio e le conseguenti problematiche relative *a)* alla vittima primaria o diretta dell'illecito e quelle *b)* riguardanti i suoi congiunti.

Con riferimento alla categoria *sub a)* sembra si possano differenziare:

1. il danno biologico, configurabile nel caso in cui la morte segua in un momento successivo al verificarsi dell'illecito;
2. il danno esistenziale, anch'esso ipotizzabile solo nell'eventualità di non contemporaneità fra illecito e decesso;
3. la controversa figura di danno per lesione della vita.

Con riguardo, invece, al punto *b)* è necessario distinguere

1. il danno morale;
2. il danno biologico;
3. il danno esistenziale³⁴.

Del risarcimento del danno tanatologico (v. *sub a)* – 3) è da dire che era stato inizialmente costruito come un diritto della vittima trasmissibile *iure successionis*.

³⁴ Ovviamente, a tali voci di danno andranno poi aggiunti i danni patrimoniali.

Segnatamente, una parte della giurisprudenza³⁵ ha ritenuto la figura di pregiudizio in esame risarcibile (a prescindere dal momento del decesso) in quanto riconducibile al combinato disposto dell'art. 2059 c.c. e dell'art. 2 Cost., ove si contemplan e proteggono i diritti inviolabili dell'uomo. Di conseguenza, si è riconosciuto a favore del soggetto deceduto un vero e proprio diritto alla vita trasmissibile *iure successionis*, in particolare sulla base di un duplice ordine di considerazioni: innanzitutto, “una volta riconosciuta piena tutela al bene salute *ex art. 32 Cost.*, tanto da ammettere il risarcimento per il fatto stesso della sua lesione, non si può escludere la risarcibilità del danno derivante dalla perdita della vita, quale lesione di un valore meritevole di risarcimento *ex art. 2043 c.c.* Altresì, sul piano naturalistico, in caso di decesso immediato, la morte consegue comunque alla lesione, sia pure con uno iato temporale impercettibile. Considerando, dal punto di vista cronologico, distinti i due eventi (lesione e morte), si giunge a sostenere la risarcibilità della perdita subita dal danneggiato a causa delle lesioni e la sua trasmissibilità *iure hereditario* nella misura della lesione massima della salute, pari al cento per cento di invalidità”³⁶.

La *ratio* di tale orientamento, quindi, sarebbe da individuare nell'esigenza di tutelare pienamente il diritto alla vita, che, oltretutto, rappresenterebbe il presupposto implicito di ogni situazione giuridica soggettiva riconosciuta dall'ordinamento. In tale prospettiva, il diritto alla vita sarebbe da intendersi come un vero e proprio diritto soggettivo (al pari del diritto alla salute e del diritto di proprietà) facente già parte del patrimonio del soggetto, e la cui lesione legittimerebbe dunque la risarcibilità e la trasmissibilità del danno tanatologico indipendentemente dalla sua permanenza in vita.

³⁵ V. T.S.M. Capua Vetere 20/12/2002, in *Arch. Circolaz.*, 2003, 713; Trib. Brindisi 5/08/2002, in *Foro it.*, 2002, I, 3494; Trib. Macerata 26/07/2002, in *Corti Marbigiane*, 2004, 181, n. Febbraio; Trib. Messina 15/07/2002, in *Foro it.*, 2002, I, 3494; Trib. Foggia 28/06/2002, in *Foro it.*, 2002, I, 3495; Trib. Massa Carrara 16/12/1997, in *Arch. Giur. Circolaz.*, 1998, 165; Trib. Napoli 6/02/1991, *Arch. Giur. Circolaz.*, 1991, 386.

³⁶ Così Trib. Brindisi, 5/08/2002, *cit.*

Qualora, viceversa, la risarcibilità del danno per lesione della vita dovesse riconoscersi esclusivamente con riferimento all'ipotesi di decesso non contestuale all'illecito, dovrebbe conseguentemente evidenziarsi, sempre a detta di tale orientamento, una lacuna del nostro sistema risarcitorio, l'esistenza di un vero e proprio paradosso tale per cui dalla morte immediata originerebbe un *quantum* risarcitorio minore rispetto al caso di morte intervenuta successivamente.

Esemplari in tal senso, tra le altre, la pronuncia del Tribunale di Macerata³⁷, a mente della quale “il danneggiato, nel momento in cui diviene vittima di una lesione mortale ed ove tale lesione sia derivata da una condotta ingiusta *ex art. 2043 c.c.*, ha già acquisito, nel proprio patrimonio, il diritto a vedere risarcita l'ingiusta menomazione della propria integrità psico-fisica e poco importa che la morte sopraggiunga istantaneamente o ad apprezzabile distanza di tempo, perché il credito risarcitorio è già sorto e, in quanto tale, è una entità giuridicamente ed economicamente apprezzabile, trasmissibile agli eredi, come tutti gli assetti patrimoniali del *de cuius*”, e quella del Tribunale di Napoli³⁸, che precisa come “la contraria opinione (relativa alla non configurabilità del danno da morte immediata) la quale, pur riconoscendo il diritto al risarcimento in caso di compromissione del bene salute in dipendenza di lesioni non letali, pretende, poi, di precludere il risarcimento medesimo alla vittima di lesioni che provochino la morte, appare inficiato da inammissibile incongruenza logica e postula un'interpretazione in evidente contrasto con i principi costituzionali che tutelano i fondamentali beni e valori personali, come posti in rilievo anche dalla stessa Corte Cost. (sent. 184/86)”.

Tale corrente di pensiero, è il caso di sottolinearlo, è avallata da quella dottrina³⁹ secondo cui “se il diritto alla vita è un bene a sé stante che impone una sua tutela piena, come agevolmente desumibile da una lettura sistematica dell'intero ordinamento giuridico (...) allora, il danneggiante sarà tenuto a risarcire il danno da morte causato alle vittime secondarie

³⁷ Sent. 26/07/2002, *cit.*

³⁸ Sent. 6/02/1991, *cit.*

³⁹ V. L. Viola, *I danni derivanti da morte*, Halley, 2005; Boccia, *Un breve lasso di tempo tra infortunio e decesso non ostacola il riconoscimento del ristoro*, in *Guida al diritto*, 2001, 18, 78; Bona, *Il danno da perdita della vita: osservazioni a sostegno della risarcibilità*, in *Danno e resp.*, 1999 e ss.; *ibidem*, *E' risarcibile iure successionis il danno da perdita della vita? (una risposta positiva)*, in *Giur. It.*, 2000, 1200.

dell'illecito, indipendentemente dalla permanenza in vita, più o meno lunga, del *dante causa*"⁴⁰.

Anche secondo tale opinione, conseguentemente, il diritto al risarcimento del danno per lesione del bene "vita" entrerà a far parte del patrimonio del danneggiato per effetto del verificarsi dell'illecito mortale, cui, dunque, conseguirà sia la nascita di un credito risarcitorio nei confronti del danneggiante nel patrimonio della vittima, sia la scomparsa della sua soggettività, sia l'apertura della successione.

"Contro questo ragionamento, poi"- si aggiunge - "non varrebbe opporre l'affermazione che il titolare del diritto leso non è più in vita e, quindi, non può percepire la perdita subita e non può essere titolare del credito risarcitorio che sorge dalla produzione del danno. Stabilire chi sia titolare del credito risarcitorio è questione non già naturalistica, che si possa risolvere negativamente sulla base del fatto che il danneggiato ha perduto la vita, ma giuridica, da risolversi, dunque, secondo criteri analoghi a quelli che, sul versante opposto dell'obbligazione risarcitoria, conducono ad imputare la responsabilità risarcitoria di determinati danni a soggetti diversi che li hanno materialmente prodotti. Del resto (...) l'intera vicenda del risarcimento dei danni alla persona mostra che a proposito di essi non può instaurarsi un'esatta corrispondenza tra danno e risarcimento, nel senso di un'obbligazione risarcitoria i cui termini soggettivi ed oggettivi siano esattamente corrispondenti a quelli della fattispecie dell'illecito; le sfasature, soggettive ed oggettive, tra l'illecito e l'obbligazione risarcitoria sono inevitabili"⁴¹.

Tali ultime affermazioni, è il caso di ripeterlo, riproducono le posizioni di quella giurisprudenza (in particolare, Trib Foggia⁴²) che, argomentando dal (presunto) *favor* per la funzione preventiva della responsabilità civile ("Primum risarcire, *deinde* stabilire in favore di chi il risarcimento debba essere accordato"), pone l'accento sul risarcimento in sé considerato, onde "scongiurare il ripetersi degli illeciti, ponendo il costo del danno su chi era in grado di predisporre le misure per evitarlo", di guisa che "l'idea che ciò possa non

⁴⁰ Così L. Viola, *I danni derivanti da morte*, cit.

⁴¹ Così L. Viola, *Ibidem*.

⁴² Sent. 28/06/2002, cit.

avvenire nell'ipotesi di un evento che cagioni la morte di una persona appare immediatamente illogica..."⁴³.

Infine, la linea argomentativa in questione giustifica le proprie posizioni attraverso un (improbabile) paragone con l'ipotesi in cui, a causa del medesimo sinistro che cagiona la morte di un soggetto, restino altresì danneggiati o distrutti anche beni materiali di proprietà della vittima stessa. In tale ottica, viene conseguentemente e parimenti rivendicata la tutela risarcitoria anche per la lesione del diritto alla vita, considerato che "nessuno dubita che per effetto della lesione della proprietà sorga un obbligo di risarcimento a carico del danneggiante e che il relativo credito sia trasmissibile agli eredi secondo le regole successorie ordinarie. Eppure, la lesione della situazione proprietaria si verifica nello stesso momento della lesione del bene-vita e vede sorgere una pretesa risarcitoria che appare sin dall'origine "orfana" di un titolare, al pari del credito risarcitorio commisurato alla perdita della vita"⁴⁴.

Tali posizioni, tuttavia, lasciano spazio a più di una perplessità.

Innanzitutto, non sembra potersi condividere l'accostamento da ultimo indicato tra lesione di beni materiali di proprietà della vittima e pregiudizio della sua vita.

Infatti, mentre rispetto ai beni materiali il risarcimento spetta all'erede in virtù del fatto che il bene leso fa parte dell'asse ereditario, rispetto alla lesione della vita il corrispondente risarcimento, sorge(rebbe) contestualmente alla morte del

⁴³ Sempre con riferimento alle funzioni alle quali l'istituto della responsabilità civile assolve all'interno del nostro ordinamento e all'utilizzo dello stesso da parte della nostra giurisprudenza, è necessario sottolineare come in particolare l'art. 2043 c.c. sia stato utilizzato dalle nostre corti anche a fini sostanzialmente attributivi, cioè incrementativi della consistenza patrimoniale precedente la commissione dell'illecito.

La responsabilità, in altri termini, è stato investito di una funzione "primaria" (cioè, propriamente attributiva) e non semplicemente secondaria (cioè di mero ripristino di una situazione lesa). V. in tal senso M. Barcellona, *Struttura della responsabilità e ingiustizia del danno*, in *Europa e diritto privato*, 2000.

I nostri giudici, per tale via, si sono resi "protagonisti" di una sorta di "rivoluzione" con riguardo l'istituto della responsabilità civile, arrivando a snaturarne funzione e scopi. In pratica, attribuendo alla responsabilità civile carattere primario, si è considerata la stessa come lo strumento volto a conferire rilevanza giuridica a beni e interessi altrimenti non protetti e contribuendo, quindi, a determinare la sfera giuridica garantita dall'ordinamento ai singoli.

⁴⁴ Ancora L. Viola, *I danni derivanti da morte*, cit. e Trib. Foggia 28/06/2002, cit.

titolare, e cioè solo nel momento a partire dal quale questi non può più esercitarla.

Questo perché, per quanto sia fuor di dubbio che la *ratio* stessa del danno tanatologico si risolva nella tutela della persona del suo aspetto fondamentale, e per quanto, quindi, la figura risarcitoria in esame costituisca nient'altro che la rappresentazione in prospettiva aquiliana del diritto per eccellenza, rimane tuttavia innegabile la difficoltà di ammettere rilevanza ad un diritto nel momento in cui si perde. Anzi, a ben vedere, forse in questo caso non potrà neanche ipotizzarsi la nascita di un diritto, attesa la scomparsa fisica del soggetto e con essa la perdita della capacità giuridica, che costituisce il presupposto dell'attribuzione di una qualsivoglia prerogativa rilevante per il diritto.

In secondo luogo, non può pienamente condividersi la tesi che privilegia la funzione preventiva (e quindi anche sanzionatoria) della responsabilità civile.

Per quanto, infatti, sia fuor di dubbio che la normativa sulla tutela aquiliana svolga anche una funzione di deterrente rispetto all'illecito, è da sottolineare come ciò rappresenti una conseguenza solo indiretta del compito cui la stessa è primariamente preposta, e cioè il ripristino di una situazione ingiustamente lesa attraverso il risarcimento riconosciuto a favore della vittima dell'illecito.

In particolare, relegare il fine reintegratorio dell'istituto della responsabilità civile ad un ruolo secondario rispetto a quello di scongiurare la causazione del pregiudizio, in un'ottica cioè general-preventiva, rischia di stravolgere la *ratio* stessa dell'intero sistema della responsabilità civile, fondamentalmente finalizzata alla ricostituzione dello *status quo ante*.

Tutto ciò, tra l'altro, avrebbe l'effetto di dar vita ad una sorta di paradosso proprio con riguardo all'ipotesi del risarcimento del danno da morte, ove, sulla premessa di tutelare la persona in ogni suo aspetto, si giunga in ultima analisi a considerarne la scomparsa come una ragione "secondaria" "rispetto all'obbligato e al suo obbligo di risarcimento"⁴⁵.

Tali ultime considerazioni, tra l'altro, hanno trovato sostanziale conforto nelle posizioni della giurisprudenza più recente.

⁴⁵ Così ancora Trib Foggia 28/06/2002, *cit.*

Secondo, ad esempio, Cass. civ., III sez., n. 6946/07⁴⁶, la domanda di risarcimento del danno tanatologico promossa dagli eredi del *de cuius* non è ammissibile “in quanto la lesione dell’integrità fisica con il verificarsi dell’evento lesivo letale immediatamente o a breve distanza di tempo dall’evento lesivo non è configurabile come danno tanatologico, in quanto comporta la perdita del bene giuridico della vita in capo al soggetto, che non può tradursi nel contestuale acquisto al patrimonio della vittima di un corrispondente diritto al risarcimento, trasferibile agli eredi, *attesa la funzione non sanzionatoria ma di reintegrazione e riparazione degli effettivi pregiudizi svolta dal risarcimento del danno, e la conseguente impossibilità che, con riguardo alla lesione di un bene intrinsecamente connesso alla persona del suo titolare e da questi fruibile solo in natura, esso operi quando la persona abbia cessato di esistere, non essendo possibile un risarcimento per equivalente che operi quando la persona più non esiste*”.

In realtà, riguardo a questo danno tanatologico si può formulare un’ipotesi: il riconoscimento del danno tanatologico a favore della vittima primaria dell’illecito ha rappresentato, nella pratica di parte della giurisprudenza (anteriore al definitivo riconoscimento del danno esistenziale), fondamentalmente un vero e proprio *escamotage*, una tecnica indiretta al fine di attribuire ai parenti una forma di ristoro in conseguenza del decesso del loro congiunto.

In altri termini, i giudici, non potendo (ancora), da un lato, riconoscere ai congiunti del deceduto un danno autonomo, ma consapevoli, dall’altro, dell’insufficienza delle altre voci di ristoro economico loro riconducibili, erano costretti a liquidare loro un danno configurandolo come danno della vittima, in considerazione del non pacifico riconoscimento del danno esistenziale da parte dell’ordinamento⁴⁷.

Segnatamente, si può pensare che il danno in questione sia stato considerato una sorta di equivalente dell’attuale danno esistenziale.

Ma se questo è vero, allora bisogna chiedersi se l’esigenza di una tale escogitazione, in virtù della quale si attribuisce un diritto ad un soggetto al fine di legittimare la pretesa di un altro soggetto, non si possa ritenere superata dalla dilatazione

⁴⁶ E anche Cass. civ. n. 7632/03.

⁴⁷ Non a caso, le sentenze da ultimo indicate sono tutte anteriori al 2003.

delle condizioni di risarcibilità del pregiudizio subito dai congiunti della vittima a cagione del suo decesso.

Ciò che è avvenuto proprio in virtù del riconoscimento della risarcibilità del danno esistenziale.

Infatti, nel momento in cui si sancisce la rilevanza e di conseguenza la risarcibilità del danno esistenziale, il danno tanatologico viene liberato dai problemi cui si è appena fatto cenno. Conseguentemente, in virtù dell'“ingresso” di tale nuova figura di pregiudizio all'interno del nostro ordinamento, per compensare i congiunti della vittima primaria dell'illecito non sembra sia più necessario motivare il risarcimento a loro favore con l'idea di un danno della vittima primaria per la perdita della vita: per compensarli della perdita subita basterà riconoscere loro un danno esistenziale proprio derivante dalla morte del congiunto (v. par. 5).

Quindi, il danno tanatologico della vittima appare ormai come una figura giuridicamente insostenibile, in quanto segnata dalla soluzione del problema (ammissibilità del danno esistenziale) al quale indebitamente era preposta.

Tutto questo, però, non implica che non si dia alcuna possibilità di un danno della vittima liquidabile *iure successionis* agli eredi.

Segnatamente, ciò si verifica quando tra il verificarsi dell'evento lesivo ed il decesso intercorra un intervallo temporale (v. *supra sub a*) 1 – 2).

La giurisprudenza prevalente ritiene configurabile, e quindi trasmissibile, il danno biologico della vittima primaria dell'illecito.

Da ultimo, si veda, ad esempio, Cass. civ., sez. III, n. 18163/07 che, sulla scorta della distinzione dalla stessa in precedenza operata (v. Cass. civ., sez. III, n. 8970/98) tra il bene “salute” e il bene “vita”, intanto, ribadisce la tutela risarcitoria solo del primo, considerato che del secondo, “essendo strettamente connesso alla persona del suo titolare, non se ne può concepire la autonoma risarcibilità quando tale persona abbia cessato di esistere”; poi, dopo avere conseguentemente escluso che “nulla è dovuto agli eredi” a titolo di risarcimento *iure successionis* del danno biologico in caso di morte del loro congiunto contestuale all'azione dannosa (in quanto questi non ha mai subito alcun danno biologico rigorosamente inteso), conclude precisando che “il

danno biologico terminale, ovvero il danno subito dal *de cuius* nell'intervallo di tempo fra la lesione del bene salute e il sopraggiungere della morte conseguente a tale lesione rientra nel danno da inabilità temporanea”, da quantificare equitativamente in considerazione delle caratteristiche peculiari di tale pregiudizio.

O ancora, Cass. civ., sez. III, n. 887/02 secondo la quale “non è risarcibile il danno biologico derivante da morte immediata o da lesione mortale seguita da morte immediata, non potendo il defunto trasmettere agli eredi, per la perdita della propria capacità giuridica, il diritto di credito consequenziale alla perdita della vita”, e Cass. civ., sez. III, n. 3549/04, che, dopo avere ribadito la suindicata distinzione tra vita e salute e la conseguente ammissibilità alla tutela risarcitoria solo per la salute “attesa la funzione non sanzionatoria ma di reintegrazione e riparazione di effettivi pregiudizi svolta dal risarcimento del danno (a tal proposito, v. sopra), e la conseguente impossibilità che, con riguardo alla lesione di un bene intrinsecamente connesso alla persona del suo titolare e da questi fruibile solo in natura, esso operi quando tale persona abbia cessato di esistere, ritiene parimenti configurabile un danno biologico risarcibile subito dal danneggiato nel caso in cui intercorra un “apprezzabile lasso di tempo tra le lesioni colpose e la morte causata dalle stesse”. Danno biologico da liquidarsi, in particolare, avuto riguardo “alla effettiva menomazione della integrità psicofisica da lui (danneggiato) patita per il periodo (su)indicato”, e il cui relativo diritto al risarcimento sarà “trasmissibile agli eredi che potranno agire in giudizio nei confronti del danneggiante *iure hereditatis*”.

Il danno biologico non è la sola voce di danno sofferta dalla vittima primaria dell'evento lesivo trasmissibile agli eredi nel caso di morte non immediata.

Questi ultimi, infatti, potranno anche esercitare *iure successionis* il diritto al risarcimento del danno esistenziale patito dal loro congiunto deceduto nell'intervallo tra il verificarsi dell'illecito ed il momento della sua morte.

Le condizioni alle quali tale figura di danno potrà configurarsi, però, saranno diverse rispetto a quelle relative al danno biologico, che, nell'elaborazione giurisprudenziale, deve ritenersi *in re ipsa*, in quanto rappresentativo della lesione

in sé considerata dell'integrità psico-fisica: conseguentemente, tale figura di danno non dovrà essere suffragata da una prova che vada oltre l'accertamento della menomazione psico-fisica della vittima.

Se questo è vero, allora, sembra fondato ritenere che la mera sopravvivenza, anche momentanea (e persino in stato di incoscienza⁴⁸) della vittima al fatto lesivo, determina il sorgere del relativo diritto al risarcimento, senza ulteriori requisiti e condizioni.

D'altra parte, è la stessa configurazione giudiziaria del danno biologico ad imporre in tal caso la sua risarcibilità, sicché ogni perplessità ed ogni argomento in contrario appare a questa stregua infondato.

Diversa, invece, è la configurazione del danno esistenziale.

Di questo si dice, infatti, che attiene al deterioramento delle condizioni di esistenza, che richiede di essere dedotto nelle sue determinazioni specifiche e che, perciò, deve essere provato attraverso la dimostrazione delle condizioni specifiche di esistenza pregiudicate dall'illecito e, segnatamente, dalla menomazione psico-fisica da cui deriverebbero.

Una tale configurazione del danno esistenziale, di conseguenza, porta con sé che la sua ricorrenza è condizionata *a)* alla sopravvivenza e *b)* soprattutto all'intervento prima della morte di barlumi di lucidità per i quali si possa dire che la vittima ha avvertito la drammaticità della sua situazione.

Infine, possono darsi le condizioni perché agli eredi spetti, sempre *iure successionis*, l'eventuale danno morale subito dalla vittima.

Con riguardo a tale orientamento, è da dire come si ponga innanzitutto il problema di stabilire il tempo della sopravvivenza necessario a consolidare il relativo diritto al risarcimento del danno.

Segnatamente, non è ben chiaro cosa debba intendersi per "apprezzabile lasso di tempo": ci si dovrà rifare ad un criterio meramente temporale-quantitativo (maggiore è il tempo intercorrente tra la lesione e la morte, maggiore sarà il

⁴⁸ A tal proposito v. Cass. civ. n. 21976/07.

risarcimento) o assumerà rilievo l'intensità della sofferenza patita dal soggetto che più o meno lucidamente ha atteso la propria morte (criterio qualitativo)?⁴⁹.

Tale interrogativo, per quanto la giurisprudenza più recente⁵⁰ abbia statuito che, ai fini della configurazione e risarcibilità del danno (biologico) da morte *iure successionis*, sia sufficiente la sopravvivenza della vittima, anche in stato di incoscienza (nella *species* per sole ventiquattr'ore) rischia tuttavia di restare senza risposta, o, addirittura, di costituire per la giurisprudenza l'occasione per rompere i margini del (peraltro ampio) proprio potere discrezionale⁵¹.

⁴⁹ Anche se poi, qualora si optasse per il criterio "qualitativo", si prospetterebbe l'ulteriore questione relativa alla concreta possibilità o meno per l'interprete di misurazione (e quindi di riduzione in termini monetari) della sofferenza più intima della vittima dell'illecito.

⁵⁰ Ancora Cass. civ. n. 21976/07.

⁵¹ A tal ultimo proposito, è utile rilevare come tale rischio si sia in pratica concretizzato, caratterizzandosi l'opera di parte della giurisprudenza più recente proprio per tale forma di "sconfinamento" dal ruolo che istituzionalmente le compete: più precisamente, non solo la stessa ha proceduto (e tuttora continua a farlo) al riconoscimento di veri e propri nuovi diritti soggettivi a favore del singolo (a tal proposito, v. D. La Rocca, *Diritti e denaro. Il valore della patrimonialità*, Milano, 2004), ma oltretutto è bene rimarcare come tale attività (sostanzialmente, come visto, legislativa) abbia conosciuto, in tempi recenti, una deriva che si potrebbe definire "economicistica", e ciò nel momento in cui gli stessi giudici, al fine di assicurare, nella prospettiva appena indicata, un ristoro economico (in funzione risarcitoria-reintegratoria-satisfattiva) a situazioni in questo senso tradizionalmente non considerate, hanno operato una radicale rivisitazione del tradizionale concetto di patrimonialità, attribuendo rilevanza risarcitoria a situazioni ed esigenze che tradizionalmente non sembravano monetizzabili.

Sostanzialmente, le nostre corti (si veda, ad esempio, Cass. civ. n. 7713/00, in *Giur. it.*, 2000) hanno, in tale ottica, forzato la lettera della legge e l'impianto codicistico attraverso, appunto, un indiscriminato allargamento del concetto di patrimonialità al fine di ricomprendere situazioni a prima vista non suscettibili di valutazione economica (cfr. ancora D. La Rocca, *cit.*) e dando, conseguentemente, impulso determinante alla formulazione di un vero e proprio catalogo aperto di danni rilevanti come fonte di risarcimento, assolutamente svincolato da limitazioni contestuali.

5. *Il danno esistenziale dei congiunti: limiti dei criteri giuridici all'identificazione dei soggetti ammessi al risarcimento.*

Con riferimento al danno esistenziale dei congiunti a causa della morte di un loro caro, è utile sottolineare come la giurisprudenza sia ormai pacifica nell'ammetterne il risarcimento.

Da ultimo si veda, ad esempio, Cass. civ., sez. III, n. 13546/06 che, sulla premessa che il danno non patrimoniale non è limitato al solo danno morale, riconosce ai prossimi congiunti della vittima anche il risarcimento del “pregiudizio esistenziale consistito nella modificazione peggiorativa della personalità dell'individuo, e nel conseguente forzoso stravolgimento delle abitudini di vita e dei rapporti relazionali sia all'interno che all'esterno del nucleo familiare” e ciò “in conseguenza della subita alterazione; della privazione (oltre che di quello materiale anche) del rapporto personale con lo stretto congiunto nel suo essenziale aspetto affettivo o di assistenza morale (cura, amore), cui ciascun componente del nucleo familiare ha diritto nei confronti dell'altro...”.

O anche Cass. civ., sez. III, n. 15019/05, a mente della quale la morte dei nonni causata da un fatto illecito comporta l'obbligo di risarcire il danno ai nipoti, considerato che la perdita di affetti e di solidarietà inerenti alla famiglia come società naturale deve essere sempre risarcita, a prescindere dalla convivenza. La S. C., in particolare, ha in questo caso ribadito che “la morte di un congiunto, conseguente a fatto illecito, configura per i superstiti del nucleo familiare un danno non patrimoniale diretto ed ingiusto, costituito dalla lesione di valori costituzionalmente protetti e di diritti umani inviolabili”⁵².

⁵² In questo senso, v. anche, tra le altre, Trib. Genova, 15/10/2003 (sta in *Nuova giur. ligure*, 2003, 239) che individua il criterio discrezionale tra danno morale soggettivo (*pretium doloris*) e danno esistenziale “nel permanere del pregiudizio nella sfera affettiva” e, conseguentemente, definisce il danno esistenziale come “il permanente pregiudizio nella sfera delle relazioni interpersonali ed in generale delle attività realizzatrici della persona umana ricollegata alla scomparsa in circostanze drammatiche di persone precedentemente inserite in un contesto familiare”, e anche Trib. Chieti, 30/03/2004 in *P.Q.M.*, 2005, I, 89 e Trib. Foggia-Trinitapoli, 02/04/2003, Massima Redazionale, 2003.

Ancora, Cass. civ., sez.III, n. 15760/06 e, nello stesso senso, Trib. Arezzo, n. 123 del 02/02/2005, riconoscono il risarcimento del danno esistenziale da morte del convivente *more uxorio*⁵³, motivando, tra l'altro, come "...l'interesse fatto valere nel caso di danno da uccisione del congiunto, così come di un convivente, è quello alla intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia, alla inviolabilità della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito di quella peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia, la cui tutela è ricollegabile agli artt. 2, 29 e 30 Cost...".

Ed infine, le decisioni che attribuiscono alla moglie separata il diritto al risarcimento dei danni per la morte dell'ex marito⁵⁴, "dovendo aversi riguardo, oltre che, in generale, alla sua [dello stato di separazione] almeno tendenziale temporaneità e alla possibilità, giammai esclusa "a priori", di una riconciliazione che ristabilisca la comunione materiale e spirituale tra i coniugi e l'unità della compagine familiare, altresì, in particolare, alle ragioni che l'hanno determinato e ad ogni altra utile circostanza idonea a manifestare se e in qual misura l'evento luttuoso, dovuto all'altrui illecito, abbia provocato, nel coniuge superstite, quel dolore e quelle sofferenze morali che solitamente si accompagnano alla morte di una persona più o meno cara".

Con riferimento a tali ultime sentenze, tuttavia, non può non evidenziarsi come l'opinione delle nostre corti si caratterizzi per mancanza di linearità e coerenza .

In particolare, sembra potersi rilevare una netta contraddizione tra l'estensione del risarcimento al convivente *more uxorio* e il riconoscimento dello stesso rimedio al coniuge separato.

La tutela aquiliana ammessa anche a favore del soggetto convivente, infatti, rappresenta chiaramente l'effetto della pressione sociale e del conseguente mutamento relativo alla concezione della famiglia, che viene ora intesa non più nel senso classico, è cioè di un istituto basato esclusivamente sul

⁵³ Al riguardo è bene sottolineare come la stessa sentenza della Corte Costituzionale n. 372/94 (v. sopra) espressamente afferma che "...la tutela risarcitoria deve fondarsi su una relazione di interesse del terzo col bene protetto dalla norma incriminatrice, argomentabile, in via di inferenza empirica, in base ad uno stretto rapporto familiare (o parafamiliare, come la convivenza *more uxorio*)...".

⁵⁴ V. ad es. Cass. civ., sez. III, sent. n. 10393/02.

matrimonio, ma come entità di fatto (anche) giuridicamente rilevante.

L'attribuzione del rimedio risarcitorio al coniuge separato rispecchia, invece, un permanente "riguardo" alla famiglia legale tradizionalmente intesa, e quindi rappresenta una posizione in qualche misura contrastante rispetto alla *suindicta* "nuova idea" di famiglia.

Il punto è che il riconoscimento del danno esistenziale in capo ai congiunti per la morte della vittima, per quanto, da un lato, abbia consentito (v. parr. precedenti) di emancipare il danno tanatologico dalle difficoltà riguardanti il titolo in forza del quale se ne può ammettere il risarcimento, pone, dall'altro, un problema di circoscrizione ai fini dell'individuazione dei soggetti legittimati a richiederlo.

Cioè, nel momento in cui si attribuisce rilievo ad aspetti della persona relativi alla c.d. qualità della vita (attraverso appunto il danno esistenziale), e quindi alle modificazioni *in peius* effettivamente subite (e diverse dal danno morale e biologico) da parte di un soggetto a seguito del decesso di una persona, è chiaro come teoricamente il numero di coloro che potrebbero avanzare pretese risarcitorie rischi di risultare assolutamente indeterminato.

I nostri giudici, a tal proposito, non sembrano però avere ancora individuato un criterio uniforme che permetta di selezionare tali soggetti, mostrando, al contrario, una qualche difficoltà nel conciliare esigenze in apparenza contrastanti: da un lato, "l'apertura" alla famiglia di fatto, e, dall'altro, l'individuazione di un limite soggettivo al risarcimento.

E tale difficoltà dell'interprete si manifesta chiaramente, ad esempio, proprio nel momento in cui si riconosce al coniuge separato il risarcimento del danno per morte dell'altro coniuge, soluzione che appare incapace di mettere a fuoco, in virtù di espressioni quali "persona più o meno cara", la sua effettiva *ratio decidendi*: appunto, il cambiamento dell'idea di famiglia e di coppia.

Il nodo essenziale del problema, che la giurisprudenza non mostra di sapere mettere a fuoco, risiede fondamentalmente nella seguente alternativa:

- o si ammette che il risarcimento spetti in virtù della rilevanza attribuita alla mera ricorrenza di fatto di una relazione affettiva (con conseguente eliminazione di

ogni restrizione nei confronti di richieste risarcitorie avanzate, ad esempio, da amici, ecc.); in questa ipotesi, però, non potrebbe riconoscersi alcuna legittimazione in tal senso al coniuge separato;

- oppure si considera rilevante esclusivamente il rapporto di parentela; ma così facendo si escluderebbero dal risarcimento tutti coloro che intrattenevano con il *de cuius* una relazione “para-parentale” (come, ad esempio, il convivente).

Tale “dilemma” può probabilmente risolversi nella prospettiva della suindicata evoluzione della concezione di famiglia e delle sue conseguenti ripercussioni sulla disciplina del risarcimento, che dovrà sempre considerarsi limitato all’ambito familiare, intendendo però la famiglia non più esclusivamente legata al vincolo matrimoniale o a quello della famiglia legittima.

Con l’avvertenza, però, che tale soluzione non sottende una sua ragione giuridica forte, ma considerazioni in qualche modo di mera opportunità.

Più specificamente, non potendo concepirsi un diritto dei parenti all’affetto, ma dovendo porre un argine alle richieste di risarcimento, ci si affiderà ad un criterio (non giuridico, dunque) in base al quale si possa distinguere tra pregiudizio specifico e fatalità. La morte sarà da intendersi come un pregiudizio specifico per i parenti, mentre per tutti gli altri dovrà considerarsi una mera fatalità.

Ciò significa che, con riguardo l’ambito dei rapporti affettivi, è necessario riconoscere la difficoltà del diritto ad offrire un criterio discrezionale alternativo atto a “giuridicizzare” ogni ambito dell’esistenza umana relativo alla sfera sentimentale.

Quindi, il tentativo di calare il contesto delle relazioni e degli affetti (familiari e non) nel calco predisposto da un qualsivoglia criterio di matrice giuridica sembra destinato a fallire e la stessa “qualità della vita”, o ciò che attraverso tale astratta formula si evoca, non essendo oggetto di pretese giuridiche, non può determinare il risarcimento sulla base della esistenza o meno di tale pretesa.

6. Il danno tanatologico e le recenti perplessità della giurisprudenza sul danno esistenziale.

Questo quadro sembrerebbe messo in dubbio dalle pronunce della stessa Corte Suprema che hanno mostrato riserve e perplessità sull'interpretazione messa a punto dalle due sentenze gemelle.

Tale contrasto ha portato all'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite del 25 febbraio 2008, n. 4712.

In tale ordinanza, tra l'altro, si spiega come, sebbene "la Corte costituzionale (...) pochi mesi dopo la pubblicazione delle sentenze "gemelle" del 2003, menzionerà espressamente la nuova categoria di danno in un passaggio della sentenza n. 233, tributandogli, in seno al "nuovo" art. 2059 c.c., un espresso riconoscimento, anche semantico, al fianco del danno biologico e del danno morale subbiettivo, in un sistema risarcitorio dei danni ormai definitivamente riconosciuto come sistematicamente bipolare⁵⁵ (danno patrimoniale/danno non patrimoniale) e sottosistemicamente pentapartito (lucro cessante/danno emergente, da un canto; danno morale subbiettivo/danno biologico in senso stretto/danno "derivante da lesione di altri interessi costituzionalmente protetti", dall'altro)", tuttavia si sia "assistito, in dottrina e in giurisprudenza, ad ulteriori ripiegamenti, a reiterati (e non di rado preconetti) arroccamenti su posizioni nuovamente contrapposte (talvolta in modo del tutto acritico, tanto da evocare l'idea kantiana di giudizio analitico a priori), quasi che il danno esistenziale, novella categoria metagiuridica di pensiero, dovesse corrispondere all'idea che ciascuno degli interpreti del pianeta dell'illecito civile si era comunque formato "a priori", piuttosto che rappresentare il terreno di coltura e di analisi, sul piano positivo (e sulla base dell'esistente, del *de iure condito*, del diritto vivente), di una nuova categoria di danno del terzo millennio".

⁵⁵ Così C. Cost. n. 233/2003, ove il giudice delle leggi espressamente discute di un "danno, spesso definito in dottrina e in giurisprudenza come esistenziale, derivante dalla lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona diversi da quello all'integrità psichica e fisica della persona conseguente ad un accertamento medico, ex art. 32 della Costituzione"

Segnatamente, tali riserve e perplessità concernono, da un lato, la legittimità della distinzione tra danno biologico e danno esistenziale e, dall'altro, l'ammissibilità del danno esistenziale come categoria autonoma.

Sotto il primo profilo, Cass. civ., sez. III, n. 9510/07 ha sostenuto che il danno biologico sarebbe già di per sé necessariamente comprensivo della gran parte del pregiudizio che si vorrebbe risarcire sotto la categoria del danno esistenziale⁵⁶.

Secondo tale arresto, infatti, "la responsabilità aquiliana va ricondotta nell'ambito della bipolarità prevista dal "codice vigente" tra danno patrimoniale (articolo 2043 c.c.) e danno non patrimoniale (articolo 2059 c.c.); (...) il danno non patrimoniale deve essere risarcito non solo nei casi previsti dalla legge ordinaria, ma anche nei casi di lesione di valori della persona umana costituzionalmente protetti (quali la salute, la famiglia, la reputazione, la libertà di pensiero) ai quali va riconosciuta la tutela minima, che è quella risarcitoria; ne consegue che non può formare oggetto di tutela una generica categoria di "danno esistenziale" nella quale far confluire fattispecie non previste dalla norma e non ricavabili dall'interpretazione costituzionale dell'articolo 2059 c.c. Pertanto, qualora, in relazione ad una lesione del bene alla salute, sia stato liquidato il "danno biologico", che include ogni pregiudizio diverso da quello consistente nella diminuzione o nella perdita della capacità di produrre reddito, ivi compresi il danno estetico e il danno alla vita di relazione, non v'è luogo per una duplicazione liquidatoria della stessa voce di danno, sotto la categoria generica del "danno esistenziale" (...). Nella specie, in particolare, nella liquidazione del danno biologico, si è tenuto conto dei pregiudizi all'integrità fisica del soggetto considerato in tutte le situazioni e i rapporti di esplicazione della persona ed in tutti i suoi aspetti, tra i quali quelli dell'attività produttiva, come quello delle altre attività, nonché quello della vita sociale, affettiva, spirituale (...)"

Sotto il secondo profilo, invece, Cass. civ., sez. III, n. 23918/06 ha sostenuto che l'introduzione di una categoria generale come quella del danno esistenziale violerebbe il sistema di responsabilità che, se quanto al danno patrimoniale con la previsione dell'ingiustizia dell'art. 2043 c.c.

⁵⁶ In tal senso anche, tra le altre, Cass. civ. n. 9514/07.

presenterebbe carattere atipico, quanto al danno non patrimoniale, in forza della riserva dell'art. 2059 c.c., avrebbe carattere essenzialmente tipico⁵⁷.

Secondo tale orientamento, infatti, in considerazione della struttura dell'art. 2059 c.c. che, sebbene in un'ottica costituzionalmente orientata, limita il risarcimento del danno non patrimoniale ai soli casi previsti dalla legge, "si è rimasti nella tipicità del danno non patrimoniale, in quanto si è ritenuto che esso sia risarcibile non solo nei casi espressamente previsti dalla legge ordinaria, ma anche nel caso di lesioni di specifici valori costituzionalmente garantiti alla persona. La conseguenza di ciò è che ai fini dell'art. 2059 c.c. non può farsi riferimento ad una categoria di 'danno esistenziale' (dagli incerti e non definiti confini), poiché attraverso questa via si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nella atipicità, sia pure attraverso l'individuazione dell'apparente tipica figura categoriale del 'danno esistenziale', in cui tuttavia confluiscono fattispecie non necessariamente previste dalla norma ai fini specifici della risarcibilità di tale tipo di danno, mentre tale situazione non è voluta dal legislatore ordinario né è necessitata dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 c.c. che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona, ritenuti inviolabili dalla norma costituzionale. Pertanto il risarcimento del danno non patrimoniale, fuori dalla ipotesi di cui all'art. 185 c.p. e delle altre minori ipotesi legislativamente previste, attiene solo all'ipotesi specifiche di valori costituzionalmente garantiti (la salute, la famiglia, la reputazione, la libertà di pensiero, ecc.) ma in questo caso non vi è un generico danno non patrimoniale 'esistenziale', ma un danno da lesione di quello specifico valore di cui ad un individuato referente costituzionale (...). Non è sufficiente, quindi, come per il danno patrimoniale, che sussista una lesione di una posizione giuridica considerata meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, sia pure a fini diversi da quelli risarcitori, ma è necessario, ai fini della risarcibilità ex art. 2059 c.c. che tale lesione attenga a valori della persona umana che la Costituzione dichiari inviolabili, e, come tali, oggetto almeno della tutela minima, che è quella risarcitoria".

⁵⁷ Così anche, ad es., Cass. civ. n. 15022/05, *cit.*

In realtà, la disputa, che così si è aperta, tra “esistenzialisti” e “antiesistenzialisti” non sembra avere conseguenze operative sulla risarcibilità del danno tanatologico per come di è definito ed articolato fin qui.

Nessuna di tali sentenze, infatti, mette in discussione che ai congiunti spetti un risarcimento *jure proprio*, e cioè per un pregiudizio che è del tutto distinto da quello subito dalla vittima primaria e che attiene propriamente alla sfera soggettiva delle vittime secondarie, per la perdita di un familiare.

Infatti, secondo, ad esempio, Cass. civ. n. 15022/05, nonostante vada negata l'autonoma configurabilità del danno esistenziale, il danno da perdita del rapporto parentale è da riconoscersi ai familiari del soggetto deceduto considerato che “l'interesse al risarcimento del danno non patrimoniale da uccisione del congiunto (...) si concreta nell'interesse all'intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia, all'inviolabilità della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito della peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia, la cui tutela è ricollegabile agli artt. 2, 29 e 30 Cost. Esso si colloca nell'area del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., in raccordo con le suindicate norme della Costituzione e si distingue sia dall'interesse al "bene salute" (protetto dall'art. 32 e tutelato attraverso il risarcimento del danno biologico), sia dall'interesse all'integrità morale (protetto dall'art. 2 Cost. e tutelato attraverso il risarcimento del danno morale soggettivo)”.

Contrariamente a quel che potrebbe sembrare, quindi, le perplessità di cui sopra confermano tanto l'interpretazione che di questa vicenda si è ricostruita che la stessa utilità della categoria del danno esistenziale.

Segnatamente, la possibile sovrapposizione dell'area del danno esistenziale a quella del danno biologico mostra che la distinzione di queste due categorie di danno non ha carattere ontologico, bensì si giustifica in funzione di una diversità di tipi di problema che il caso di danno da morte rende evidente. E' ben ammissibile che del danno biologico si elabori una nozione che ricomprende nella sostanza quel che viene

solitamente definito danno esistenziale; ma poiché il danno biologico attiene propriamente alla vita della vittima, ne segue che esso, anche inteso in modo così estensivo, non può estendersi al pregiudizio autonomo subito dai parenti.

In questo senso, l'idea di un diritto al risarcimento *jure successionis* cercava di risolvere il problema nei fatti, ma incappava in insuperabili contraddizioni.

La morte della prima vittima mostra, allora, almeno una delle principali ragioni della categoria del danno esistenziale, che è quella di dar ingresso al risarcimento di un danno che in capo alle vittime secondarie non può più qualificarsi come danno biologico.

Ma ciò mostra anche la contraddizione in cui incappa l'orientamento che solleva riserve e perplessità sulla categoria del danno esistenziale quando, da un lato, vorrebbe escluderne la legittimità giuridica in favore della sola rilevanza del danno biologico e, dall'altro, non vuole mettere in discussione la risarcibilità del danno subito dai congiunti rispetto ai quali non si configura la lesione estrema del diritto alla salute costituita dalla morte⁵⁸.

Peraltro, questo orientamento non riesce neanche a risolvere i problemi di circoscrizione della tendenza espansiva che sembrerebbe insita nel danno esistenziale.

L'idea di una tipicità del danno non patrimoniale collegata alla previsione costituzionale di diritti inviolabili, infatti, non consente di argomentare in modo congruo il risarcimento dei danni al(la) convivente e non consente neanche di argomentare l'esclusione della risarcibilità dei danni subiti da chi non può addurre un rapporto para-coniugale.

Entrambi questi problemi, infatti, si pongono su terreni diversi che attengono, rispettivamente, all'evoluzione delle relazioni sociali e al terreno della propagazione del pregiudizio nel caso dei c.d. danni par ricochet. Sicché non possono essere risolti con operazioni interpretative condotte sul concetto di danno esistenziale e sulla sua ammissibilità⁵⁹.

⁵⁸ V. M. Barcellona, *Sul danno non patrimoniale: analisi di un itinerario giurisprudenziale*, cit.

⁵⁹ Ancora M. Barcellona, *Ibidem*.

