

## DISPENSA DEL LIBRO

# **“Ingiustizia del danno e interessi protetti”**

## **S. Aceto Di Capriglia**

Prima di affrontare lo studio di questo riassunto bisogna sapere che il manuale “Ingiustizia del danno e interessi protetti” è un po' datato e che bisogna studiarlo anche alla luce delle nuove decisioni della Corte di Cassazione.

Con sentenza 531 del 2014, la Corte è intervenuta per chiarire il significato delle locuzioni “danno morale”, “danno biologico” e “danno esistenziale”, in quanto spesso impiegate in modo improprio. Ad avviso del supremo collegio, queste voci di danno non sono classificazioni interne alla macrocategoria del danno NON patrimoniale, bensì sono delle mere descrizioni, impiegabili in sentenza, ma al solo scopo di descrivere l'effettiva consistenza del pregiudizio patito dal danneggiato; pregiudizio che, non potendo essere empiricamente valutato in termini economici, dovrà essere valutato in via equitativa dal giudice a quo, che dovrà tener conto di tutti i pregiudizi non patrimoniali e di tutte le conseguenze peggiorative sofferte dal danneggiato, così da disporre la riparazione; riparazione che non potrà essere davvero “integrale”, ma quanto più congrua possibile. Quindi, si realizza il paradosso del *neminem laedere*: come si sa, questo principio fondamentale dell'ordinamento (consacrato nell'articolo 2043 c.c.), comporta il divieto di violare qualsiasi situazione giuridica protetta dall'ordinamento, e, quindi, anche situazioni giuridiche diverse dai diritti soggettivi. Tuttavia, nonostante questo principio debba bastare da solo ad assicurare il risarcimento del danno ingiusto (patrimoniale o meno), per prassi giurisprudenziale si sono create una serie di torti civili, allo scopo di rafforzare la tutela del danneggiato. E tra questi torti, particolarmente rilevanti sono quello morale, biologico ed esistenziale: il danno morale può essere considerato come un danno connesso ad una situazione soggettiva ed interiore del danneggiato (dolore, sofferenza, patema d'animo); quello biologico (chiamato altresì danno alla salute) si sostanzia in una lesione dell'integrità psicofisica; mentre il presunto danno esistenziale riguarderebbe ogni conseguenza peggiorativa connessa all'illecito, che abbia potuto comportare la compromissione di ogni attività realizzatrice della persona umana. In sostanza, sarebbe un danno non patrimoniale diverso sia da quello morale, perchè non consiste nel dolore, sia da quello biologico, in quanto non coincidente necessariamente con una lesione psico-fisica. Esempio di danno esistenziale può essere la compromissione della serenità familiare.

### **CAPITOLO 1: Ingiustizia del danno**

#### ***Il problema della delimitazione della responsabilità***

L'articolo 2043 del Codice Civile ha posto all'interprete un dilemma di difficile soluzione, con riferimento alla qualificazione della fattispecie della responsabilità civile, in termini di tipicità o atipicità.

Nei sistemi appartenenti alla *Western Legal Tradition*, la responsabilità civile ha conosciuto un'evoluzione sintetizzabile nel passaggio da un modello “classico” di responsabilità, fondato sul principio della colpa, ad uno “moderno”, incentrato su diversi criteri di imputazione.

Per lungo tempo il nesso di causalità ha prevalso sull'elemento soggettivo della colpa, giustificando le ipotesi di “no fault liability”, in cui la prova della colpa dell'agente cede il posto all'inevitabilità dell'evento dannoso o pericoloso.

Nel Code Civil francese, la colpa era considerata come fondamento della responsabilità e veniva intesa in termini etico-morali; perciò, la responsabilità dell'evento dannoso o pericoloso poteva essere giuridicamente imputata all'autore, solo se costui avesse commesso il fatto per colpa. All'epoca, infatti, dominava la tendenza a circoscrivere il più possibile l'area dei danni risarcibili, nell'intento di affermare la prevalenza dell' "avere" sull' "essere", in applicazione del principio del *laissez faire*: così ragionando, il contratto era un affare esclusivo delle parti e il diritto di proprietà veniva tutelato in modo assoluto. In questo senso, ogni danno che non fosse stato cagionato da una condotta imprudente, negligente o imperita era da imputare alla mera fatalità e restava a carico dell'offeso.

Questa concezione mutò a partire dal ventesimo secolo, allorché emerse la figura del "rischio": infatti, l'imputazione della responsabilità avviene sulla base della mera relazione esistente tra il soggetto che venga chiamato a rispondere del danno e l'entità che lo abbia prodotto, e l'obbligo risarcitorio viene meno solo laddove si provi che l'evento sia avvenuto per caso fortuito, forza maggiore, fatto del terzo, fatto del danneggiato o altre circostanze di esclusione.

D'altro canto, a causa degli oscillanti orientamenti di dottrina e giurisprudenza, si è spesso parlato di ciclicità della colpa, con riferimento alla delimitazione dell'illecito civile.

Pertanto, per comprendere la formula dell' "ingiustizia del danno" di cui all'articolo 2043 del codice civile, si potranno comparare, da un lato, gli ordinamenti francese e italiano, e, dall'altro, quelli inglese e nord-americano, intesi come campioni delle esperienze di civil law e di common law.

### ***L'elemento oggettivo del danno nel modello di Civil Law: la doppia anima dell'articolo 1382.***

La codificazione del danno qualificato come "ingiusto" rappresentò un'importante novità rispetto al codice del 1865, che invece riproduceva fedelmente la regola francese, che, tra l'altro, fu oggetto di numerose interpretazioni: i giuristi cisalpini del 19° secolo, infatti, vi aggiunsero il requisito, non codificato, della *necessaria lesione di un diritto assoluto della vittima o di una norma posta a sua protezione*: pertanto, in questo modo trovavano un'espressa tutela solo le situazioni giuridiche perfette, cioè solo i diritti soggettivi.

Sulla scia di queste interpretazioni, la dottrina e la giurisprudenza italiane integrarono in modo alquanto arbitrario la propria previsione normativa con un elemento oggettivo: quello dell'antigiuridicità, che limitò fortemente la portata del principio di responsabilità.

D'altro canto, a partire dalla seconda metà dell'800, la tutela aquiliana venne concessa anche ai diritti di credito, e l'obbligo risarcitorio incombeva, ad esempio, sul terzo che fosse concorso nell'inadempimento, che avesse indotto il dipendente ad abbandonare il suo datore di lavoro o che avesse acquistato dal promittente venditore in danno del promittente acquirente, violando l'altrui posizione di "interesse giuridicamente protetto".

Tuttavia, ciò non spiegava perché alcuni fatti dannosi non dessero luogo a responsabilità. In buona sostanza, l'individuazione delle fonti di risarcimento era rimessa alla discrezionalità del giudice.

In tempi più recenti, l'elemento oggettivo dell'antigiuridicità è poi stato assorbito in quello soggettivo della colpa, che coincide con la violazione di una regola di diligenza, perizia o prudenza, non necessariamente correlato all'effettiva lesione di una situazione giuridica del danneggiato. Queste oscillazioni finiscono con il consegnare al giurista dati contrapposti: infatti, l'articolo 1382 del Code Civil si presta tanto ad una lettura restrittiva, coincidente con il modello di tipicità dell'illecito, quanto ad una più estensiva, che legittima il sanzionamento di tutti i danni, salvo casi eccezionali.

Allora, la risposta va ricercata nelle sentenze dei giudici francesi, e in particolare nelle pronunce della *Court de Cassation*: alla luce di un'indagine fattuale, infatti, ci si rende conto che le corti, pur aprendosi al riconoscimento di nuove figure di illecito, operano una rigorosa selezione degli interessi meritevoli di tutela. Ed è proprio questa funzione "ordinante" ad aver consentito di sfatare il pregiudizio che assumeva i diritti soggettivi perfetti a oggetto esclusivo della tutela aquiliana e di adeguare le strutture del diritto alle istanze sociali di tutela di interessi giuridicamente rilevanti.

### ***Il silenzio della dottrina francese e la nozione di illicéité***

Il tema dell'illiceità non ha mai interessato la dottrina francese, tant'è che risulta ancora ancorato al concetto di colpa. Inizialmente, l'illiceità costituì sinonimo di antigiuridicità legata all'aver cagionato una lesione con *délit* o *quasidélit* (cioè con dolo o con colpa): pertanto, illiceità e colpa erano due concetti sovrapposti.

Con l'entrata in vigore del BGB, questo legame divenne ancora più saldo; per cui, l'escamotage qui era quello di individuare all'interno della *faute* un elemento soggettivo (dato dal dolo, costituito a propria volta da un momento intellettuale e da uno volitivo) ed uno oggettivo, consistente nell'illiceità. Inoltre, a differenza di quanto avviene nell'ordinamento italiano, l'imputabilità non è considerata uno dei parametri cui ancorare il giudizio di colpevolezza: in questo senso, è tenuto a riparare il danno anche la persona non imputabile o non punibile. Se ne deve dedurre, che ciò che qui vale è il nesso di causalità tra la condotta e il danno. Tra l'altro, è proprio il concetto di danno ad essere qui privo di un'autonoma rilevanza.

Per quanto riguarda il concetto di *faute*, si può dire che la dottrina abbia percorso strade alternative, di cui una è più accreditata dell'altra, e fa leva su una nozione più ampia di colpa, coincidente con una regola di condotta -giuridica, morale o sociale- dalla quale si faccia discendere una nozione di illiceità svincolata dalla categoria del diritto soggettivo. D'altro canto, altri autori hanno degradato l'illiceità a condizione di ammissibilità dell'azione giudiziale; e altri ancora hanno esteso il risarcimento ai diritti relativi e agli interessi non direttamente tutelati da norme giuridiche.

### ***L'atipicità latente: il modello tedesco***

Se il Code Civil francese opta per l'atipicità dell'illecito, il BGB tedesco opta per la soluzione opposta, pur non includendo il fatto illecito tra le fonti delle obbligazioni.

Il legislatore tedesco ha optato per una soluzione tripartita, in cui le ipotesi di illecito coincidono con gli articoli 823 e 826: il primo comma dell'articolo 823, infatti dispone che: “*chi, con dolo o colpa, leda antigiuridicamente la vita, il corpo, la salute, la libertà, la proprietà o un diverso diritto altrui, è obbligato al risarcimento del danno da ciò derivante*”.

Quindi, oltre al nesso di causalità e agli elementi soggettivi del dolo e della colpa, qui figura anche l'antigiuridicità, che distingue l'istituto tedesco da quello francese e italiano. L'antigiuridicità quindi è un elemento differenziale, per il quale esistono opinioni discordanti in dottrina: secondo alcuni autori, ogni danno è necessariamente antigiuridico (a meno che non sussistano esimenti come la legittima difesa o lo stato di necessità); mentre, secondo altri autori, laddove il fatto non sia doloso occorrerà verificare, caso per caso, la misura della diligenza oggettiva che si potesse pretendere dall'agente.

Un ulteriore elemento differenziale è dato dall'elencazione dei diritti la cui lesione faccia sorgere la responsabilità; laddove vengano lesi i diritti espressamente citati, il problema non sussiste, perché sarà sufficiente una mera attività sussuntiva; quando invece vi sia una lesione di un “diverso diritto altrui” bisognerà intendere solo i diritti reali, i diritti della personalità, i diritti immateriali, il possesso e, volendo, l'aspettativa.

Dove, poi, il danno sia frutto della violazione colpevole di una norma che miri alla tutela di un altro soggetto o di una certa cerchia di soggetti, verrà in rilievo la previsione del secondo comma dell'articolo 823, per il quale il danneggiato è esonerato dall'onere di provare sia il nesso di causalità sia l'elemento psicologico con cui l'autore abbia commesso il fatto.

Il sistema è poi completato dall'articolo 826, per cui “*chi cagioni ad altri intenzionalmente un danno, violando il buon costume, è obbligato al risarcimento*”. Questa disposizione, in effetti, ricomprende le situazioni di fatto, lese con dolo, non rientranti nel primo comma dell'articolo 823.

In apparenza, il sistema tedesco allora sarebbe opposto a quello francese, ma in realtà non è proprio così, in quanto dottrina e giurisprudenza hanno provveduto in entrambi i casi a demolire l'equivalenza tra danno e diritto soggettivo, riconoscendo nuove ipotesi di illecito, quali: la concorrenza sleale, la responsabilità per false informazioni, la conclusione di un contratto nullo, e così via. Quindi, l'elemento differenziale sta solo nel procedimento cui dottrina e giurisprudenza

siano approdate a questo risultato: per addizione in Germania e per sottrazione in Francia.

### ***Il requisito dell'antigiuridicità nel codice italiano del 1942.***

Con l'introduzione del codice civile del '42 e con il riferimento all'ingiustizia del danno, si andò a rafforzare il convincimento che il precetto *alterum non laedere* dovesse essere inteso come “divieto di violare l'altrui situazione giuridica protetta”. Così, nel tentativo di dar conto a tutte le fattispecie di danno risarcibile, la dottrina italiana ricorse a formulette pigre che aprivano le porte all'arbitrio del giudice. Pertanto, la teoria dell' **ingiustizia negativa** non fu calzante, perché la regola del “tutto è lecito se non sia espressamente vietato” comporta l'obbligo del risarcimento del danno solo in caso di violazione di una norma diversa dall'articolo 2043.

La dottrina italiana sembra uscire da questa impasse solo grazie al contributo di Schlensiger che, ribaltando l'insegnamento francese, affermò che non era vero che fosse consentito fare tutto ciò che non fosse espressamente vietato; poiché, piuttosto: sarebbe proibito fare tutto ciò che non sia esplicitamente permesso. Quindi, il requisito dell'antigiuridicità dev'essere inteso come sinonimo di “assenza di un diritto del danneggiante al compimento dell'atto che ha causato il danno”.

Tuttavia, quest'impostazione presenta un limite; infatti: dato che non esiste un elenco delle fattispecie permissive, dovranno considerarsi lecite tutte le attività che non siano puntualmente vietate. Fu poi Rodolfo Sacco a dimostrare come la prassi giurisprudenziale avesse ampiamente superato la dicotomia tra tipicità e atipicità della responsabilità civile, accordando il rimedio risarcitorio anche a situazioni giuridiche imperfette sulla base di fattori ulteriori, quali: un elevato grado di immoralità della fattispecie e un elemento che giustificasse il risarcimento o la preventiva repressione di quella fattispecie, a titolo di reato mediante frode.

Pertanto, è risarcibile ogni danno verso situazioni giuridiche protette dall'ordinamento.

Al pari dell'articolo 1382 del *Code Civile*, l'articolo 2043 del Codice Civile italiano si presta ad una duplice lettura: estensiva e restrittiva, coincidente ora con l'*alterum non laedere*, ora con la necessità di un'effettiva lesione. E, tra le due, bisognerebbe preferire la seconda lettura.

### ***Il danno ingiusto nell'applicazione giurisprudenziale***

La nostra giurisprudenza si è mossa tra mille incertezze, offrendo ragionamenti, ma non soluzioni, al problema della coincidenza tra “ingiustizia” e “lesione di una situazione giuridica protetta”.

Nel caso *Superga* (riguardante la morte dei giocatori della società Torino Calcio in un incidente aereo) la corte non volle rivedere le proprie argomentazioni, negando il risarcimento del danno sulla base del fatto che la Società Torino Calcio non vantasse alcun diritto soggettivo nei confronti delle vite dei giocatori. Più tardi, la Corte ha negato che nel “**Caso Meroni**” ci fosse una responsabilità extracontrattuale del minore che avesse cagionato la morte del giocatore in un sinistro, ma adottò a sostegno della propria decisione la mancanza di un comprovato nesso di causalità tra l'evento morte e il danno da lucro cessante richiesto dalla società. Nelle motivazioni, i giudici riconobbero che, in linea di principio, i diritti relativi potessero giustificare un risarcimento, ma optarono per una diversa soluzione. La Corte, infatti, si limitò a dire che l'ingiustizia del danno da fatto illecito doveva essere intesa nella duplice accezione di danno non giustificato dall'ordinamento (danno non jure) e di danno lesivo di una situazione giuridica riconosciuta (danno contra jure).

Qualche anno più tardi, con il “**Caso De Chirico**”, i giudici della Corte Costituzionale sembrarono estendere la tutela aquiliana ai diritti di credito. In effetti, la Corte non mancò di ribadire la necessità di conferire tutela anche a situazioni giuridiche secondarie. Nel caso di specie, il celebre pittore fu ritenuto responsabile di aver colposamente apposto la propria firma, autenticata dal notaio, ad un dipinto, intitolato *Inferno Metafisico*, poi rivelatosi falso. A seguito di questo disconoscimento della paternità dell'opera, l'acquirente convenne il giudizio De Chirico, reclamando il risarcimento del danno patito per aver confidato nella veridicità del quadro. La Corte accolse la richiesta, giustificando il risarcimento nell'ottica della lesione della libertà di autodeterminazione.

Mentre la giurisprudenza si è mossa in modo goffo, la dottrina ha fatto presente la necessità di ampliare l'area di applicazione dell'articolo 2043, proponendo una concezione del danno ingiusto che avesse riguardo alla *meritevolezza* dell'interesse leso, ancorando quest'ultimo ai principi fondamentali dell'ordinamento.

### ***Tipicità e atipicità dell'illecito nel Common Law***

Se gli ordinamenti continentali sono divisi tra il modello di tipicità (tedesco) e atipicità (italiano e francese) dell'illecito civile, quelli di Common Law sono stati caratterizzati a lungo da figure tipiche di illeciti, confezionati a tutela di interessi specifici contro specifiche forme di violazioni, classificate come “**tort of negligence**”.

Il termine “negligence” è sinonimo di negligenza, la quale si identificava totalmente con la colpa; in questo modo, lo scopo era quello di impiegarla per sanzionare un comportamento ignobile e peccaminoso. Successivamente, si distinse tra negligence e tort of negligence, che divenne una formula riassuntiva di requisiti specifici, dai quali nasceva l'obbligo di risarcire un danno non volontariamente causato mediante un comportamento antigiuridico.

Anche qui, gli elementi costitutivi sono: il dovere di adottare un comportamento diligente, la violazione di questa regola di condotta, la produzione di un danno e un nesso di causalità tra condotta ed evento dannoso. L'onere della prova cade, di regola, sull'offeso; tuttavia, è anche possibile un'inversione dell'onere della prova.

Tra i requisiti della responsabilità per negligence, l'elemento differenziale rispetto agli ordinamenti di civil law è il **duty of care** (ossia il dovere di adottare un comportamento diligente), che prima era riscontrabile solo nell'ambito di specifiche attività che imponessero a chi le esercitasse di non violare i rapporti fiduciari; successivamente, invece, questo generico dovere di condotta venne esteso a chiunque intraprendesse attività potenzialmente idonee ad arrecare danno al prossimo.

Tradizionalmente, la prima dichiarazione ufficiale dell'atipicità del sistema dell'illecito si fa risalire al caso americano “**Heaven-Pender**” del 1883, dal quale sorse un vivace dibattito in cui la giurisprudenza difese strenuamente l'idea della relatività del duty of care, il cui scopo era quello di garantire *non chiunque*, ma solo i soggetti che si trovassero sotto la diretta protezione della norma giuridica violata. In questo senso, il risarcimento dei danni restava limitato ai danni alla persona e alla proprietà, in quanto coloro che avessero subito danni meramente economici non erano giudicati meritevoli di altrettanta tutela.

### ***Tort o torts: un falso dilemma***

Attualmente, non è chiaro se i Paesi di Common Law abbiano abbandonato la regola tradizionale in favore di un principio generale di responsabilità per colpa, perchè nel sistema anglo-americano permane una forte distinzione tra danni materiali a cose o persone e danni meramente economici. Infatti, il common law si dimostra refrattario ad un ampliamento dell'area del danno risarcibile, perchè restano legate a parametri equivocabili, quali la figura dell'uomo ragionevole e il criterio della prevedibilità del danno, anche se la dottrina ha fatto notare più volte come questo stato di cose ampliasse la discrezionalità del giudice.

Pertanto, il dilemma del “**tort or torts?**” è un falso dilemma, perchè offrirebbe solo risposte parziali; e quindi, solo un'indagine fattuale sarebbe in grado di stabilire quali siano le situazioni giuridiche meritevoli di tutela. Invece, nel sistema nord-americano è tutto più chiaro, perchè concerne singole fattispecie di torti, ripudiando le regole di responsabilità del modello continentale.

### ***Patrimonialità e non patrimonialità del danno***

I concetti di danno e di risarcimento sono intimamente connessi e stanno tra loro in rapporto di immediatezza, nel senso che tra i due elementi deve necessariamente sussistere un nesso di causalità. La dottrina classica, tra l'altro, è incline a considerare l'evento dannoso come un elemento ulteriore rispetto alla lesione, mentre un argomento più recente identifica danno e lesione, distinguendoli però dall'illiceità. Ne deriva che possa esistere un illecito indipendentemente



dall'occorrenza di un danno, e che il danno ingiusto possa coincidere con la lesione di un interesse protetto. Altri autori, ancora, propongono di distinguere tra danno patrimoniale e non patrimoniale: nel primo caso, occorrerà la prova specifica del danno emergente e del lucro cessante, mentre nel secondo caso, il danno è implicitamente sussistente nella lesione di un interesse giuridicamente rilevante. In questo senso, le ipotesi di danno patrimoniale rappresentano la massima espressione della funzione risarcitoria della responsabilità civile, mentre nelle ipotesi di danno non patrimoniale rilevano la funzione preventiva ed organizzativa dell'istituto aquiliano, che intervengono sull'illecito a prescindere dal pregiudizio. E a questa primaria distinzione seguono una pluralità di figure di danno (come il danno morale, il danno alla salute, il danno edonistico, i danni psichici, i danni esistenziali, i danni ambientali e così via.).

In materia di danno patrimoniale, va notato come il risarcimento di cui all'articolo 1223, sulla responsabilità contrattuale, si estenda oltre che al danno diretto, anche a quello indiretto che sia in rapporto di causalità con l'azione o l'omissione che l'abbia cagionato.

In occasione del “**Caso Repetto**” la Corte Costituzionale ha riscritto parzialmente il testo dell'articolo 2059, chiarendo che l'ampia e generica locuzione di danno non patrimoniale dovesse essere riferita solo ai danni morali “puri”, ossia alla sofferenza, al dolore e al patema d'animo connesso all'illecito.

Nel '96, poi, la Corte ha sconfessato quest'interpretazione restrittiva, riaffermando la riferibilità del danno non patrimoniale a tutte le conseguenze peggiorative non suscettibili di valutazione economica, ricomprendendovi anche il danno alla salute, che designa una vera e propria patologia. La Corte ha poi precisato che l'inclusione del danno alla salute non si identifica con il danno morale soggettivo; e infatti, il danno alla salute è coperto dall'articolo 32 della Costituzione, ed è risarcibile ai sensi dell'articolo 2043 del Codice Civile, in quanto è pur sempre un danno ingiusto, a prescindere dalla verifica di un fatto previsto dall'ordinamento come reato; mentre il danno morale non è assistito da un'analogo garanzia e perciò resta connesso a fatti penalmente rilevanti.

In realtà, l'articolo 2059 (chiamato da Montaneri, “il brontosauo del diritto”) reclama una riformulazione, se non addirittura un'abrogazione; perchè, infatti, la bipolarizzazione tra le due figure di danno (quello patrimoniale risarcibile, di cui all'articolo 2043; e quello non patrimoniale risarcibile, di cui all'articolo 2059) finisce con il creare un vistoso equivoco, che fa leva sulla patrimonialità dell'interesse leso, in virtù della quale si accorda il risarcimento. In realtà, qui, la patrimonialità non è importante, perchè l'elemento che giustifica il risarcimento è l'ingiustizia del danno, a prescindere dal fatto che questo sia patrimoniale o meno.

Allora l'articolo 2043 è la norma generale, mentre l'articolo 2059 è norma speciale perchè specifica quali siano i danni morali soggettivi; e quindi l'espressione “danno non patrimoniale” è fuorviante.

C'è chi lamenta che abrogando l'articolo 2059 si amplierebbe eccessivamente l'area dei danni risarcibili, ma questo ampliamento non dev'essere letto come un ostacolo, quanto piuttosto come una garanzia; tanto è vero che in Francia la responsabilità extracontrattuale non conosce limiti!

### ***Il principio di riparazione integrale del danno nell'esperienza francese***

Mentre nel sistema italiano, la responsabilità civile continua a basarsi sulla distinzione tra danno patrimoniale e non patrimoniale, in Francia questa distinzione è stata superata molto tempo fa, tanto è vero che l'articolo 1382 del Code Civil ricomprende ogni tipo di danno, economico, biologico e morale. Il principio dominante è quello dell'integrale riparazione, e consente: di individuare l'area della risarcibilità, di influenzare la quantificazione delle singole voci di danno e di incidere sul nesso di causalità.

Ad esempio, in caso di danno alla salute, questo principio consente di risarcire integralmente il soggetto leso del danno emergente, del lucro cessante e di tutta una serie di pregiudizi personali (fisiologici, affettivi, sessuali o estetici) che abbiano potuto comportare anche la perdita di comodità, gioie e altri piaceri della vita. In realtà, questa estensione è stata spesso criticata, soprattutto con riferimento al *préjudice d'agrément* (con cui si indica l'oggettiva lesione dell'integrità psicofisica) perchè non sarebbe altro che un duplicato del danno fisiologico, da cui

deriverebbe l'ingiustificata moltiplicazione delle pretese risarcitorie.

Anche nel sistema di common law si è creato lo stesso problema con riferimento al “danno per perdita dei piaceri della vita”, che assorbirebbe il danno morale soggettivo e il danno da perdita della speranza di vita.

Queste sovrapposizioni, in effetti, potrebbero far pensare ad una certa inutilità di alcune voci di danno, ma in realtà qui non si fa altro che rispondere giuridicamente al principio generale per cui tutti i danni alla persona sono più gravi dei danni al patrimonio.

### ***I “personal losses\*” nel modello anglo-americano = perdite personali\****

Nel pensiero giuridico anglo-americano vige la convinzione che il danno alla persona prodotto mediante violazione del *duty of care* debba essere integralmente risarcito. Quindi, anche in questo caso l'integrità della persona prevale sui diritti patrimoniali e sulla violazione contrattuale, tanto è vero che si è parlato di “cerchio magico” tracciato intorno alla persona, nel senso che, anche quando la lesione sia lievissima, il danneggiato avrà sempre diritto ad un integrale risarcimento dei *personal losses*, cioè delle perdite personali. In quest'ambito rientrano la presumibile diminuzione della durata della vita, le sofferenze fisiche e morali, le prostrazioni psichiche, gli stati nervosi, gli attacchi di panico, l'ansia e le fobie.

Tuttavia, per prassi giurisprudenziale, la perdita della speranza di vita non è risarcibile, mentre l'angoscia e la sofferenza sono risarcibili solo se la vittima sia capace di intendere e di volere, mentre negli altri casi il risarcimento prescinde dalla coscienza e dalla volontà del danneggiato.

Inoltre, la determinazione del *quantum* risarcibile avviene sulla base dei precedenti in materia, nel senso che non esistono minimi e massimi prestabiliti per la liquidazione del danno.

Invece, nel sistema nord-americano si è proposto un nuovo metodo di calcolo del danno risarcibile, di carattere probabilistico, che impone alle giurie di domandarsi quanto un uomo ragionevole sarebbe stato disposto a pagare per eliminare il rischio che ha causato il danno.

### ***Il danno esistenziale***

La Corte di Cassazione, tra gli anni 80 e 90, ha reinterpretato l'articolo 2043 del codice civile, volendo scindere la risarcibilità del danno dal requisito della sua patrimonialità, allineandosi alle esperienze francesi, tedesche e spagnole.

Ora, si sa che il danno biologico va risarcito indipendentemente da un certo detrimento patrimoniale della vittima, anche se purtroppo la sua applicazione non ha mai dato i frutti sperati, dato che il danno biologico non si è concettualmente sganciato dall'ambito dell'integrità psicofisica. Proprio per ovviare a questo problema, è emersa una nuova categoria di danno: cioè il danno esistenziale, con cui si tenta di colmare determinate lacune. Per le scuole triestina e torinese, il danno esistenziale abbraccia i rapporti familiari (di cui un esempio potrebbe essere il danno alla serenità familiare), la lesione della reputazione, della dignità, della riservatezza, i diritti del lavoratore e l'ambiente.

Nello specifico, il danno esistenziale si distinguerebbe tanto dal danno biologico quanto dal danno morale, perchè il danno biologico non consente di accordare risarcimento alla vittima la cui vita sia cambiata in peggio a seguito della lesione, se il suo equilibrio psico-fisico resti impregiudicato.

Inoltre, si distingue dal danno psichico, perchè il danno esistenziale comprende anche il turbamento emotivo *temporaneo* capace di sfociare in una lesione psichica vera e propria. In questo senso, il danno psichico confluirebbe nel danno alla salute, mentre il danno esistenziale sarebbe un *tertium genus* rispetto al danno patrimoniale e quello morale.

Tuttavia, ci si chiede se il risarcimento del danno esistenziale debba essere sempre a titolo di responsabilità extracontrattuale o possa essere anche a titolo di responsabilità contrattuale da inadempimento. La risposta è positiva, tanto che si è parlato di sovrapposizione di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: ad esempio, nel caso della mancata interruzione di gravidanza su parere del medico ecografista, da cui derivi la nascita di un bambino deforme, il danno esistenziale puro della madre (sconvolta da una nascita non voluta) può trovare la propria fonte anche nell'inadempimento del contratto d'opera professionale.

Tuttavia, questa tesi non è del tutto persuasiva, mentre convince una diversa interpretazione dell'articolo 2059: in questo senso, non c'è alcun bisogno di chiamare “danno esistenziale” una lesione che comunque si concreta in un danno alla salute o all'integrità psicofisica del soggetto, se si postula che il danno biologico e il danno alla salute coincidono!

Ora, alla luce di queste considerazioni, l'articolo 2043 dev'essere concepito come il risultato di una sintesi che, attraverso il requisito dell'ingiustizia del danno, tendere ad avvicinarsi al modello tedesco, ispirato al principio della tipicità, volto a creare non un sistema bipolare, bensì “tripolare”, in cui esistono un danno patrimoniale, un danno morale ed un danno personale.

## CAPITOLO 2

### FIGURE SINTOMATICHE DI DANNO INGIUSTO E INTERESSI PROTETTI

#### *Il danno nella procreazione nell'esperienza tedesca:*

##### *sterilizzazione, aborto ed errata consulenza genetica e prenatale*

Il tema della nascita indesiderata è un valido espediente per verificare l'efficacia dell'ingiustizia del danno, inteso come elemento oggettivo dell'illecito civile.

Da un punto di vista giuridico, la procreazione si compone di tre fasi: concepimento, gestazione e nascita; e quindi, per “danno da procreazione” si intende il pregiudizio subito dal bambino in conseguenza della nascita, e pone il problema di stabilire se questo danno sia risarcibile o meno.

Nell'ordinamento tedesco, la questione della risarcibilità del danno da parto indesiderato ha comportato due pronunce di segno contrario ad opera del Tribunale Costituzionale.

La **Corte Costituzionale Federale Tedesca** (BVerfG) prima ha dichiarato che la nascita di un bambino non possa mai costituire fonte di danno, giacché il suo risarcimento violerebbe la dignità umana; poi ha smentito tale contrasto. Va però precisato che la prima decisione era riferita al caso dell'interruzione di gravidanza, mentre la seconda era riferita ad un fallito intervento di sterilizzazione.

La **Corte Federale di Giustizia** (BGH), nel 1980, ha accordato il risarcimento del danno patrimoniale a favore di entrambi i coniugi e il danno morale soltanto alla madre, a seguito di un fallito intervento di **sterilizzazione**; e quest'orientamento è rimasto per lo più immutato, tenendo però presente che il presupposto del risarcimento (che ammonta agli oneri economici dipendenti dalla nascita indesiderata) consiste nell'esistenza di un valido contratto di cura o di consulenza. Invece, in caso di fallita **interruzione della gravidanza**, il BGH reputa determinante lo *scopo* dell'aborto: nel senso che se l'interesse protetto sia la salute della madre, quest'ultima non avrà diritto ad un risarcimento; se, invece, sia ravvisabile una colpa ascrivibile al sanitario nell'esecuzione dell'intervento, la madre avrà diritto ad un risarcimento.

Le ipotesi di sterilizzazione e aborto vanno poi tenute distinte da quelle di **errata consulenza genetica**, perchè in questo caso i giudici sono propensi ad accordare un risarcimento quando dall'errore medico dipenda la nascita di un bambino malformato o altrimenti portatore di handicap, laddove si provi il nesso di causalità tra l'handicap e l'omissione delle informazioni dovute.

#### *Il bébé préjudice nell'esperienza francese*

L'orientamento della giurisprudenza francese è più rigido e parte dal presupposto della sacralità della vita, proclamando l'irrisarcibilità del danno per la nascita indesiderata di un bambino, salva la ricorrenza di un “dommage particulier”: questa circostanza particolare è limitata esclusivamente al caso “*d'un enfant non parfaitement constitué*”, e quindi rientra sempre nell'ipotesi dell'handicap.

Questo danno coincide con la lesione del diritto alla salute del bambino e con le sofferenze morali patite dalla madre. Più tardi si è coniata l'espressione **bébé préjudice**, con cui la Corte di Cassazione ha riconosciuto la risarcibilità del danno per la nascita di un bambino handicappato a causa di un errore diagnostico, tenendo presente che il danno è risarcito a titolo di responsabilità contrattuale (e non aquiliana); cosa che, in effetti, comporta in primis che il bambino malato, a differenza di quello sano, non abbia diritto ad un'autonoma pretesa risarcitoria e, in secondo luogo,



comporta l'esigenza di stabilire se i pregiudizi connessi ad un'esistenza che non consenta di godere dei piaceri della vita possano essere risarciti. La risposta sarebbe negativa, perchè una vita da malato è *comunque vita*, e pertanto sarebbe inconcepibile risarcire il danno a chi sia venuto al mondo, seppur con una deficienza, visto che il danno non può mai consistere nella nascita in sé. Allora si dovrà concludere che il diritto alla salute del concepito non possa mai spingersi fino al riconoscimento del diritto di non essere nato affatto a causa di un handicap.

### ***Pretese ipotesi di danno esistenziale***

Nel 1950, il Tribunale di Piacenza venne adito da un soggetto eredoluetico che chiedeva di essere risarcito dai propri genitori che, avendogli trasmesso la sifilide, lo avevano condannato ad un'esistenza infelice. In questa circostanza, il Collegio affermò che la trasmissione della sifilide fosse un fatto illecito ed antigiuridico e che, ai fini del risarcimento fosse rilevante già il fatto di aver messo al mondo un figlio.

Nel corso del tempo, questo tema si è arricchito di nuovi profili, dai quali si evince che, ad avviso dei nostri giudici, le lesioni risarcibili riguardino i casi in cui sia stata compromessa un'attività (di rilievo non patrimoniale) che abbia influito negativamente sullo sviluppo della personalità del soggetto. In questo senso, il diritto del bambino a nascere sano si fonderebbe sull'articolo 2 della Costituzione e sull'articolo 1 della legge 194/78, i cui temi “caldi” vertono sull'interruzione della gravidanza e sul diritto alla vita di relazione (che in realtà oggi confluisce nell'ambito del danno biologico). Si pensi che in Cassazione giunse il caso della mancata interruzione di gravidanza, imputabile alla colpa del medico, che aveva omesso di verificare l'esito positivo dell'operazione praticata su una madre minorenne, nubile ed economicamente impossibilitata a provvedere ad un figlio: in quest'occasione, i giudici di legittimità precisarono che lo stato di indigenza della gestante diventava rilevante nel contesto dell'interruzione della gravidanza, perchè ledeva o esponeva a pericolo il suo diritto alla salute.

D'altro canto, si è fatta strada l'idea di una tutela extracontrattuale della vita prenatale, grazie ad una sentenza della Corte Costituzionale in materia di aborto, alla quale si deve il riconoscimento del nascituro come *persona in fieri*, titolare di aspettative che si trasformeranno in diritti al momento stesso della nascita. Ad esempio, il Tribunale di Milano, nel 1997, ha sottolineato i caratteri di assolutezza e di libertà del diritto ad una procreazione cosciente e responsabile, la cui ingiusta lesione viene risarcita a titolo di responsabilità extracontrattuale; il Tribunale di Milano qui fece espresso riferimento alla figura del danno esistenziale, in cui confluisce, in particolare la perdita del concepito, più precisamente chiamato “danno da perdita del frutto del concepimento”.

Di questo tipo di danno si sono occupati sia il Tribunale di Napoli che quello di Verona, che hanno in parte sdoppiato il danno morale in due voci, di cui una si riferisce al danno da perdita del frutto del concepimento.

La dottrina rifiuta categoricamente questo sdoppiamento, perchè il danno da perdita del frutto del concepimento non è temporaneo, ma definitivo, e quindi dovrebbe essere inquadrato nel danno esistenziale e non nell'ambito del danno morale. Infatti, i risarcimenti a titolo di danno morale sono irrisori e corrispondono a circa la metà di quanto viene conferito alla vittima in dipendenza di un danno biologico, di cui il danno esistenziale è una sottocategoria connessa all'ingiustizia del danno.

### ***La soluzione inglese: wrongful birth e wrongful life***

Nel modello inglese, le fattispecie di nascita indesiderata (che comprendono aborto, sterilizzazione e consulenza genetica e prenatale) prendono il nome di “wrongful birth” e “wrongful life”, a seconda che l'illecito sia connesso alla nascita o riguardi le condizioni di vita del neonato.

Quindi, nell'ambito del **wrongful birth** rientrano i casi di fallita sterilizzazione, aborto non riuscito ed errate diagnosi (e quindi i danneggiati sono i genitori); invece nell'ambito del **wrongful life** rientrano le diagnosi genetiche che, per colpa del medico, diano luogo alla nascita non voluta di un bambino malato o malformato. E, in questo caso, il danno ingiusto non coincide mai con la nascita del bambino ma con la negligenza del medico.

Queste decisioni sono state dettate in virtù del cosiddetto **Bolam Test**, che introduce una sorta di clausola di esonero della responsabilità a favore del medico che abbia agito nel rispetto delle leges artis (che sono specifici parametri di perizia cui il sanitario deve sempre scrupolosamente attenersi) e nel rispetto di un preciso dovere di informazione verso il paziente.

Invece, il caso in cui il bambino nasca malato o malformato a causa di un errore del medico è trattato diversamente, in quanto qui si distingue tra nascita di un bambino non voluto perchè malato e nascita indesiderata *tout court*: infatti, qualora sia dimostrato che i genitori volessero un figlio, ma che avrebbero interrotto la gravidanza nel caso in cui fossero stati informati delle malformazioni, il risarcimento sarà limitato alla differenza tra il mantenimento ordinario e le spese aggiuntive necessarie per far fronte alla malattia; qualora, invece, i genitori non volessero affatto un figlio, avranno diritto ad un risarcimento completo per il pregiudizio patito.

La questione invece è più complessa laddove la nascita di un bambino malformato non sia dipesa da medical malpractice, perchè in questo caso non si potrà mai agire contro il personale sanitario, perchè qui non sussisterebbe affatto una condotta illecita.

### ***Il valore edonistico della vita: l'hedonic damage del sistema nord-americano***

Nel 1985, la Corte distrettuale dell'Illinois fu chiamata a pronunciarsi sulla congruità dei criteri di liquidazione, adottati dalla giuria, nella quantificazione del danno subito da un genitore a seguito dell'uccisione del proprio figlio: in questo caso, l'assassino venne condannato al pagamento di una somma per la lesione del "valore edonistico della vita", oltre che al risarcimento dei distinti danni morali e patrimoniali, connessi alla perdita della capacità lavorativa del *de cuius*. La Corte si servì di un economista, affinché valutasse l'entità della perdita sulla base di modelli statistici fondati sui parametri di "**willingness to pay**" e "**willingness to accept**".

Il valore edonistico della vita, se leso, giustifica una voce di danno particolare: l'hedonic damage, che comporta la valutazione dello stile di vita dei danneggiati prima e dopo l'offesa ricevuta, avendo riguardo ai riflessi dell'illecito:

- 1) sullo svolgimento di attività ordinarie, come mangiare, dormire, leggere;
- 2) sulla psiche
- 3) sulla capacità di relazionarsi con gli altri
- 4) e di svolgere la propria attività professionale

D'altro canto, ammettere l'hedonic damage significa rischiare una duplicazione delle pretese risarcitorie, giacchè questa voce di danno ingloberebbe altri tipi di danni non economici.

La nostra giurisprudenza, con una sentenza clamorosa, accordò ai danneggiati da un illecito stradale una somma a titolo di risarcimento del danno edonistico da loro patito per la morte del proprio congiunto, avallando l'idea della configurabilità di una voce di danno comprensiva di tutti i valori collegati al bene della vita. Tuttavia, la soluzione non è condivisibile, perchè nel nostro ordinamento questa voce di danno esiste già, ed è il danno biologico (o danno alla salute), in cui confluiscono il danno alla vita di relazione, il danno estetico, il danno sessuale, il danno alla capacità lavorativa, e così via. Quindi, si potrebbe pensare che il danno edonistico sia l'equivalente nord-americano del nostro danno biologico, ma così non è perchè: il danno edonistico è espressione di una società permeata da uno spiccato individualismo; il danno biologico, invece, presenta connotazioni solidaristiche e pubblicistiche, che tradiscono la sua duplice valenza di diritto del singolo e di interesse sociale.

### ***Il danno biologico da morte del congiunto nella giurisprudenza italiana***

Anche se nel nostro ordinamento non esiste un fondamento giuridico al risarcimento del danno da morte del congiunto, le nostre corti non hanno mai dubitato della necessità di indennizzare i familiari anche di un diritto proprio, consistente nella menomazione della stabilità di situazioni connesse alla loro posizione nei confronti della vittima diretta. I problemi, però, nascono dai tentativi di qualificare il danno da morte del congiunto, e in questo la strada percorsa dalla giurisprudenza italiana è stata particolarmente tortuosa. Ad esempio, la Corte di Cassazione ha