

## 2.3 La scuola torinese

---

Il MONATERI e la scuola torinese (6) considerano la valenza dogmatica e classificatoria della categoria «**danno non patrimoniale**» (la cui utilità è negata da FRANZONI, che invece è per l'unificazione «patrimonialista»), ma osservano che l'ambito di tale categoria non è ancora *settled* (selezionato), atteso che in base alla dottrina aperturista (e citano MENGONI e MACCARONE, quali estensori delle ordinanze costituzionali del 1996 e del 1979; ma potrebbero citare anche PETTI e ormai numerose e recenti sentenze della Cassazione, che evidentemente sfuggono all'attenzione della dottrina e del massimario) tutti i danni derivanti da posizioni soggettive assistite da garanzia costituzionale devono essere risarciti (tale è anche il pensiero di CASTRONOVO).

Il processo di frantumazione della categoria del danno non patrimoniale avviene dunque per opera della giurisprudenza e del diritto vivente, partendo dai vertici della Consulta (che infatti costituzionalizza anche l'art. 2059 c.c. con la benedizione di CASTRONOVO e di PETTI) e della Cassazione (ma anche la Corte dei conti in tema di **danno ambientale** non scherza) sino a scendere ai giudici di merito.

Non a caso MONATERI cita due decisioni emblematiche dei Tribunali di Verona e di Milano; il primo (7) riconosce ad un sacerdote, la cui immagine è stata abusivamente utilizzata su un manifesto della Lega Nord, il diritto al risarcimento non patrimoniale per la **lesione del diritto all'identità personale**, garantito dall'art. 2 Cost. (ma anche dall'art. 3 per il divieto di discriminazione). Tutela concessa a prescindere dalla esistenza del fatto reato, sulla base del combinato disposto tra norma costituzionale e principio del *neminem laedere* (di cui l'art. 2059 c.c. è norma di danno, non di fattispecie, come ricorda ancora CASTRONOVO).

**Tribunale di Verona: diritto all'identità personale**

Il secondo tribunale (8) fonda il risarcimento patrimoniale e non patrimoniale dei coniugi, in un caso di sterilizzazione maschile non riuscita per colpa del medico, con conseguente nascita di un bambino non programmato, sul **diritto all'autodeterminazione della coppia e alla procreazione cosciente**, che risulterebbe garantito dagli artt. 2 e 13 Cost. (qui la ZIVIZ parlerebbe, forse a ragione, della creazione giurisprudenziale del diritto).

**Tribunale di Milano: diritto ad una procreazione cosciente**

Osserva MONATERI che questo processo di erosione è in pieno sviluppo e che i meccanismi messi in moto dalla Consulta hanno un «effetto domino» che

---

(6) MONATERI e più, *Il nuovo danno alla persona*, Milano, 1999.

(7) Trib. Verona 26-2-1996, in *Dir. Inf.*, 1997, 1436.

(8) Trib. Milano 20-10-1997 in *Danno e resp.*, 1999, 82, con nota di Bona.

## Capitolo 2

non risulta ancora compiuto (qui giova menzionare la NAVARRETTA, in *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, la quale esattamente combina l'art. 2059 c.c. con l'art. 2 Cost. e offre utili spunti di diritto comparato per la tutela accordata dalla Corte suprema germanica, sulla base della precettività delle norme costituzionali a tutela della persona umana).

Il MONATERI manifesta invece chiare predilezioni per la giurisprudenza francese. Questa ha preceduto di qualche decennio l'evoluzione italiana, che appare ormai saldamente fondata sul principio generale del *neminem laedere*, con un riconoscimento pieno del danno non patrimoniale (denominato in senso lato come «danno morale») che trova tutela contrattuale ed aquiliana, prescindendo completamente dal fatto reato (del resto tale soluzione è chiaramente emersa anche nel diritto germanico).

**Proposta di una nozione «neutra» di danno esistenziale** MONATERI condivide la «depurazione» del danno biologico da sottovoci di incerta «biologicità» (senza però proporre una «nozione pura» di danno biologico, essendo per sua natura un giurista empirico e amante del diritto comparato) e propone una nozione neutra di danno esistenziale, che è sostanzialmente pluralista, nel senso di lesione di un *civil right* (cioè di un **diritto umano inviolabile**, per noi europei continentali), ossia di un diritto assistito dalla garanzia costituzionale. Proposta che trova PETTI consenziente, ma non per la «ingessatura» del danno biologico.

Ovviamente la scuola triestina ritiene «riduttiva» questa proposta, sottovalutandone la portata costruttiva. Non è un caso che la giurisprudenza accordi tutela a situazioni umane sostanziali di danno esistenziale, ancorandole alle norme costituzionali di garanzia.

Certamente non di sola Costituzione vive l'uomo; ma in tempi di socialismo reale e di Costituzione socialista vivente, l'uomo di Marx viveva un'esistenza di miseria morale e materiale e di disperazione, che lo hanno geneticamente e culturalmente segnato per tutto il XX sec.

**Conclusioni della scuola torinese** Pensare che la «garanzia costituzionale» delle libertà e dei diritti umani sia invenzione di giuristi e giudici umanisti è molto mitteleuropeo, ma dell'Europa del Patto di Varsavia.

Osserva conclusivamente MONATERI (9) che le soluzioni possibili sono tre:

— o lasciamo che l'art. 2059 c.c. ritorni ad imprimere il suo sigillo sulla responsabilità civile, con la conseguente irrisarcibilità di tutta una serie di pregiudizi derivanti da lesioni di diritti costituzionalmente garantiti (e questa è la soluzione tradizionale, di chi considera la Costituzione come una «Carta di sogni»);

---

(9) *Op. cit.*, 23.

## Il danno esistenziale nella dottrina

- o sosteniamo il danno esistenziale come necessità dell'illecito civile, che deve indurre all'autoregolamentazione dei comportamenti privati e come sistema di chiusura dell'illecito stesso (e questa soluzione esige una costruzione sistematica che la dottrina non ha ancora compiuto);
- oppure abroghiamo quel relitto storico che è l'art. 2059 c.c. (e adottiamo la soluzione francese, ma anche quella anglosassone, che unifica sotto il principio del *neminem laedere* qualsiasi danno ingiusto, sia di natura patrimoniale che no).

Conclusioni ineccepibili, ma disattese, sino a oggi, da un disattento legislatore.

## 2.4 La scuola napoletana romana

La posizione della scuola napoletana romana è espressa dai giuristi della rivista *Valore Uomo* e dagli scritti e dai convegni internazionali (di Napoli 1998, di Bologna 1999, e nazionali di Roma nel dicembre 2000) sul tema della **salute** e dei **diritti umani**.

I giuristi che si richiamano al nuovo umanesimo dei diritti fondamentali dell'uomo ritengono che il metodo di tutela, proposto dalla Corte costituzionale per riconoscere e giustificare il risarcimento della lesione del bene «salute», in sede di responsabilità civile, debba essere esteso anche per la tutela dei diritti umani che i documenti internazionali ed europei concepiscono come *inviolabili* o *essenziali* o *fondamentali*, con espressioni parzialmente difformi, ma sostanzialmente aggreganti.

Ritengono che per i diritti umani inviolabili esista un universale principio (a livello di patti ONU sottoscritti e ratificati dall'Italia) del *neminem laedere*, che questo principio è stato recepito dal **Trattato dell'Unione europea**, e che esso sia di rango costituzionale per i diritti umani (artt. 2 e 3 Cost., correlati con le norme sulle libertà, sulla salute, sul diritto al lavoro, sul matrimonio, sulla famiglia, ecc.). Il principio è ora ribadito dalla **Carta europea** proclamata a Nizza nel dicembre 2000.

**Un universale principio del  
*neminem laedere*...**

Sulla base di questa premessa che pone la persona umana e il suo valore al centro dell'ordinamento giuridico — internazionale, europeo e nazionale — è possibile costruire una rete di tutela giurisdizionale dei diritti umani che abbia effetti sul mondo dei rapporti giuridici, dei contratti, delle responsabilità, della configurazione del danno.

**...a tutela dei diritti umani  
in ambito internazionale e  
nazionale**

Il **danno alla persona** non è ricostruibile in termini di patrimonialità, proprio perché le categorie risarcitorie del codice del 1942 non conoscevano la valenza costituzionale dell'uomo libero in democrazia. La dicotomia danno

## Capitolo 2

patrimoniale danno non patrimoniale è zoppa, non solo come categoria logica, ma anche come copertura esaustiva della tutela. Il ricco disponeva di una coperta lunga per i propri danni patrimoniali; al povero si accordava una mera rattoppatura; il danno morale era collegato alla sanzione penale e la sanzione penale era collegata ad una visione autoritaria dello Stato e dei suoi valori gerarchici.

Questo quadro è rimasto immutato per oltre trent'anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e si è modificato a partire dagli anni '80, ma con grandissime resistenze da parte dei civilisti e degli assicurativi. Una delle ragioni di fondo è, si ribadisce, la mancata cultura dei diritti umani. Lo si nota persino dopo i recentissimi messaggi presidenziali che invece insistono molto, e non senza ragione, su tale punto.

La proposta dottrinale e giurisprudenziale di dare tutela al danno biologico è dunque considerata con empatia ma con spirito critico.

### **Clausola generale di garanzia ex art. 2 Cost.**

Per delineare una figura generale di danno alla persona che possa includere tutte le lesioni di interessi personali rilevanti, o esistenziali, occorre partire da un quadro preciso di riferimento: internazionale, europeo, nazionale. Si tratta di un quadro giuridico complesso e in movimento; si tratta di far operare la **clausola generale di garanzia dei diritti umani** che è nell'art. 2 Cost.; si tratta di operare, come giuristi, la conformazione dell'ordinamento giuridico ai **diritti umani inviolabili e generalmente riconosciuti** (art. 10 comma 1 Cost.).

Senza un preciso quadro di riferimento giuridico si entra nel campo della letteratura e della bioetica, ma si indeboliscono tutte le istanze di tutela. Si può fare cultura, si possono aprire orizzonti, ma si costruisce su una sabbia sottile che non erode il potere, anzi lo rafforza.

Non si può ritenere dunque che il danno esistenziale sia un contenitore generale, così come non si è mai ritenuto che la salute dell'uomo sia il contenitore della sua esistenza, né che il medico sia deputato a conoscere della nostra vita interrelazionale, delle nostre capacità produttive e del nostro dolore, che non è necessariamente patologico, ma certamente patos e tormento.

Ed esistono invece possibili danni non patrimoniali che colpiscono la persona umana in relazione alle sue libertà, alle sue esigenze di riservatezza, in relazione al suo onore ed alla sua dignità.

### **Non unità, ma pluralità di danni esistenziali**

Il danno viene sempre dopo: esso è lesione di qualcosa, è l'oggetto di tale lesione, è la conseguenza della lesione, è causalisticamente determinato dalla lesione. Esiste dunque una pluralità di danni esistenziali, eterogenei e non tutti necessariamente tutelati dall'ordinamento. Per la ragione positiva che è l'ordinamento che

## Il danno esistenziale nella dottrina

valuta la rilevanza dell'interesse leso, e che, se tale valutazione è negativa, manca la tutela in tutte le sedi, penali, civili, amministrative. L'interesse esistenziale di fatto non è tutelato.

Dalla «ingessatura» del danno biologico, prevista dal legislatore riformatore, deriva l'esigenza di dar peso giuridico e tutela alle possibili voci espulse dall'ambito di tale categoria di danno perché non medicalmente accertabili. Si tratta delle voci storiche, riconosciute dal diritto vivente da oltre un ventennio, e sarebbe ingiustificata la revisione o la riduzione della loro tutela. Ed allora, per queste voci di danno, sarà opportuno parlare di danno esistenziale rilevante per la vita umana, in relazione a posizioni ed interessi costituzionalmente protetti. Solo in questo modo potrà essere mantenuta ferma la tutela, e non è detto che ciò non giovi ad una migliore e più trasparente tutela di alcune figure di danno che interessano la famiglia, il matrimonio, la sessualità, la procreazione, l'inseminazione, la sperimentazione.

Non unità, ma pluralità di danni esistenziali; ma, si aggiunge, una tutela forte ed avanzata della salute umana, esigendo, da parte dei medici legali, un impegno elevato di professionalità ed imparzialità, e risposte accurate, analitiche, sulla base di valutazioni scientificamente corrette ed avanzate.

Se in Europa non esiste la figura del medico legale, ma la medicina forense, ci deve essere pure una ragione scientifica, non corporativa o d'ordine.

## 2.5 Le nuove frontiere della tutela della persona

Il lettore che abbia avuto la pazienza di seguire queste riflessioni avrà notato come, nello spazio di pochi anni, la problematica delle «nuove frontiere» della tutela della persona si sia rapidamente spostata per effetto del progresso della scienza, non solo di quella medica, ma anche della tecnica di informazione, che ha coinvolto la stessa identità della persona umana. Si pensi alle problematiche relative al danno esistenziale e legate agli argomenti della **bioetica** e ai grandi temi della **libertà scientifica** e della **tutela della salute**. Questi approfondimenti impongono al giurista, nei vari ruoli che assume, da studioso a giudice ad operatore pratico, ad operatore informatico del diritto, uno sforzo di approfondimento non indifferente, per non restare indietro alla realtà e alla nuova cultura dell'umanità nei tempi della cd. **globalizzazione**.

Mutano le frontiere giuridiche della persona perché sono mutate le frontiere politiche degli Stati, ed essere giurista italiano significa essere anche giurista europeo, incorporare e assimilare principi di diritto comune e conformare l'interpretazione giuridica della nuova realtà, nella consapevolezza che tutto questo immenso progredire può dissolvere i valori umani in una nuova società tecnologica

**La cultura della globalizzazione e le nuove frontiere del diritto**

che promette conoscenza e libertà, mentre manipola l'uomo e la sua cultura e le stesse radici esistenziali.

Lo stesso pensiero teologico delle Chiese e delle religioni tiene conto di questa trasformazione della vita umana e delle sue speranze, che travalicano la stessa esistenza personale, rendendo sempre più drammatiche le contraddizioni tra la società del benessere e quella del malessere.

Il XX sec. si è chiuso o dischiuso per la Chiesa cattolica con il più grande giubileo del millennio, nella speranza della rigenerazione dell'umanità, che oggi, nella sua grande parte, è afflitta da sofferenza e dolore.

Quello che un tempo veniva vissuto come «peccato» e «remissione», si pone oggi, per gran parte dell'umanità, in termini di «condizione umana» e di «liberazione», non più dai malefici di Satana, ma dagli stessi malefici di un potere invasivo e persuasivo, che ogni giorno indirizza i nostri stili di vita e crea bisogni innaturali.

La democrazia vive, nelle potenze storiche dell'occidente e in Europa, una nuova stagione di libertà e di progresso; si tenta di riscrivere la Carta dei diritti umani, e si cerca di conciliare la eguaglianza con la libertà, la solidarietà con l'individualità.

### Tutela della persona in ambito europeo e nelle Costituzioni democratiche

Chi cercasse nella **Convenzione europea dei diritti dell'uomo**, che è la prima Carta dei diritti umani in Europa, resterebbe profondamente deluso. Nulla è detto della vita, nulla della salute umana e tutto si incentra sulla difesa della libertà personale dal potere statale, dall'inquisizione penale. L'idea dominante della Convenzione è quella di creare un giusto processo, mentre gli interventi della **Corte di Strasburgo** sono diretti contro la denegata giustizia (che sembra caratterizzare il sistema italiano) ovvero contro la giustizia che offende, con torture o pene disumane, l'inquisito.

Chi cercasse nelle **Carte costituzionali europee** una norma corrispondente al nostro art. 32 Cost. la troverebbe in parte nel secondo comma dell'art. 2 della Legge fondamentale della Repubblica germanica (diritto alla vita e alla incolumità fisica), ovvero negli artt. 10 e 15 della Costituzione spagnola del 1972, o nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo o del cittadino richiamati nei preamboli delle Costituzioni francesi del 1946 e del 1958.

La ricerca al livello comparativo costituzionale negli Stati a «democrazia stabilizzata» non deve tuttavia scoraggiarci, perché è dentro gli ordinamenti giuridici di queste democrazie che, storicamente, difficoltosamente, contraddittoriamente, si è sviluppata la tutela politica e giuridica dell'individuo, che è pur sempre il cittadino titolare della sovranità e come tale «popolo», mai uomo massa.

### Mutato atteggiamento del giurista agli albori del terzo millennio

Il giurista del terzo millennio è dunque consapevole del fatto che la propria esistenza di uomo libero, la propria vita, la propria salute, la propria libertà di pensare e di

## Il danno esistenziale nella dottrina

criticare, è condizionata dalla società, dai luoghi, dagli ambienti, dai mezzi tecnologici, dalla circolazione stradale.

L'esistenza individuale è necessariamente una esperienza, un dono breve ed irripetibile. La sua fondazione è metagiuridica, storica o metafisica, materiale o spirituale, secondo le proprie preferenze. Il mondo del diritto non copre tutta l'esistenza umana, ma può renderla prigione o spazio di libertà, persuasione o spirito critico, cultura dei valori o degli egoismi più abietti, perché manipolati.

Il nostro migliore statista, il conte di Cavour, nei brevi anni di governo dell'Italia non ancora unita, era ossessionato dall'idea che l'opinione pubblica (che allora si formava attraverso i giornali e la libertà di stampa) non si formasse liberamente, spontaneamente, come critica del potere. Oggi l'opinione pubblica non esiste più come valore aggregante; esistono i grandi manipolatori, non a caso strapagati e gestori della grande informazione.

Ha dunque ragione CENDON quando dice che non di sola salute vive l'uomo; ma ammesso che il togliersi la salute nel momento stesso che la scienza gli promette un allungamento della vita, o il togliersi la capacità critica nel momento stesso che può comunicare in via satellitare con il mondo umano, siano atti lesivi della sua dignità di uomo, è ammissibile ritenere che il mondo dei rapporti civili, la società civile, debba restare indifferente alle mille nuove possibilità di lesione e di compromissione, anche genetica della persona?

La tutela della salute non è dunque di per sé sufficiente a creare l'uomo libero. E neppure è vero che il lavoro nobilita l'uomo. Ricordate cosa era scritto nei lager nazisti? Il lavoro ti rende libero. Il giurista non può dunque disinteressarsi dell'esistenza del suo prossimo, considerandola in termini di «incolumità» o di salute, e neppure può disinteressarsi del diritto alla vita, dell'uomo, o dell'essere umano che è il concepito, affidandolo alla prestazione del medico o alle manipolazioni scientifiche.

Il giurista coltiva un giardino di valori umani. La fondazione metagiuridica dell'esistenza è nel suo senso, o buon senso etico. Per queste ragioni il giurista moderno è anche un uomo colto. Non sarà enciclopedico, ma sarà informato e preparato a difendere l'uomo ed i suoi valori ed i suoi dolori. Per queste ragioni, i cultori del danno alla persona (da cui spesso ritraggono utili professionali od etichette di «amici del popolo») debbono essere prima cultori della persona.

La miseria delle ragioni del pretendere (delle *causae petendi*) è fondata sulla miseria della cultura del giurista, ed è grande sventura per il cliente che vi si affida.

## 2.6 L'esistenza come categoria e la sua lesione

---

Abbiamo esaminato i tre principali orientamenti della dottrina italiana avanzata: tre scuole di pensiero che ispirano la giurisprudenza del merito.

## Capitolo 2

Ma il titolo di questo paragrafo è perentorio, non reca punti interrogativi. E tuttavia, dovendo qui esprimere un pensiero sulla libertà della dottrina, si ritiene che la risposta, al momento, rechi un bel punto interrogativo.

### Il valore uomo quale oggetto della tutela giuridica

La Carta costituzionale fonda l'unità dell'uomo come persona e riconosce e tutela i **diritti inviolabili**, non solo quelli reperibili, per ragioni storiche, alla data del 1948, ma anche gli altri diritti umani o dell'essere umano reperibili nelle Carte mondiali o europee dell'anno 2001, ovvero anche nell'ordinamento giuridico interno.

Ma l'uomo è il soggetto giuridico delle libertà e degli interessi, materiali e immateriali, e dispone del suo **patrimonio genetico**: è libero di vivere la sua sessualità, talora la sua diversità, è libero di procreare (ma con giudizio, se la procreazione è atto cosciente e responsabile), di sposarsi, di vivere nel vincolo matrimoniale o nella convivenza, di educare e curare i propri figli, di adottare altri piccoli sfortunati, di lavorare, di curare il proprio corpo e la propria mente.

Non è libero di morire (perché il suicidio è visto come disvalore), ma è libero di fare della propria morte un dono di vita, consentendo il **trapianto dei propri organi** così come, da vivo, può **donare il proprio seme**.

È dunque difficile per il giurista (non per il legislatore) oggettivare l'esistenza come bene giuridico unitariamente protetto e da tale costruzione categoriale (l'esistenza come bene giuridico) trarre, in negativo o in positivo, l'esercizio dell'utilizzo del bene o l'equivalente della sua lesione esistenziale.

### Clausola generale di garanzia

È invece agevole considerare, partendo dai diritti dell'uomo, che cosa accade se tali diritti vengono lesi da un fatto o atto altrui. Si tratterà di inserire la violazione sotto la **clausola generale di garanzia** (la norma fattispecie) e di valutare se tale inserimento sia anche oggettivamente completo, per la presenza di un **danno ingiusto** (nella *responsabilità aquiliana*) o di un **adempimento errato** o un **inadempimento** (nel caso di *responsabilità negoziale*) o di una condotta della Pubblica Amministrazione lesiva di un diritto inviolabile (e dunque non degradabile a mero interesse di fatto).

Vi sono perciò interessi esistenziali dell'uomo meritevoli di tutela, ma la tutela parte proprio dall'uomo, dal suo essere persona, non dal danno, che pure non gli è estraneo, poiché si connota come danno esistenziale.

### Difficoltà di enucleare una categoria generale di «danno esistenziale»

Non si ritiene, dunque, sulla base del diritto positivo vigente, che possa essere costruita una categoria generale di danno esistenziale, mentre è possibile configurare come

**danno non patrimoniale alla persona** una serie di «perdite» della qualità della vita, determinate sia dalla lesione della salute, sia dalla lesione di altre

## Il danno esistenziale nella dottrina

sfere personali esistenziali, quali la riservatezza, l'onore, la dignità, la libertà e via di seguito.

Il termine «esistenziale» è troppo generico, anche se, in prima approssimazione, può valere quale nota distintiva rispetto ad altre tipologie di danno. Si attende di essere smentiti da una logica costruttiva ed unitaria, fondata su precisi riferimenti di diritto positivo o sui principi generali del diritto della persona.

### 2.7 La fattispecie di illecito in relazione alla quale si pone la tutela civile

.....

L'orientamento triestino (filogermanico) e quello piemontese (filofrancese) privilegiano entrambi la **tutela aquiliana dell'illecito** come descritto dalla norma fattispecie dell'art. 2043 c.c.

La scelta di tale norma (che si ritiene, con le SS.UU. della Cassazione civile, essere clausola generale, secondaria rispetto al principio superiore del *nemi-nem laedere*) dipende dalla dicotomia zoppa. Occorre evitare la trappola del **fatto-reato** e della **pregiudizialità penale** (anche se ora, a causa della riforma processuale civile, tale pregiudizialità è molto limitata).

Se questa impostazione è da condividere, la costruzione del danno esistenziale, limitatamente a situazioni di danno che attengono alla qualità della vita, alla riservatezza, all'onore e alle libertà della persona umana, possono essere collocate all'interno della figura dell'illecito civile, rappresentando oggettivamente il **danno ingiusto** su cui proporre l'**istanza di risarcimento**.

L'**onere della prova** incombe al danneggiato: per il nesso di causalità tra condotta ed evento, per la colpevolezza, per la nota di ingiustizia del danno, per la dimostrazione del danno in concreto.

**Prova del danno e relativo onere**

Ma questi oneri non devono spaventare o dissuadere dal proporre la domanda di giustizia (che potrebbe essere anche di accertamento negativo o di inibizione di una condotta lesiva, anche in via di provvedimento d'urgenza) perché molto spesso la lesione del diritto è evidente, così come l'ingiustizia del danno. Si potrà dunque ricorrere al concetto di danno verificato per via di **presunzioni gravi e ricorrenti**, che dovranno essere dedotte e circostanziate.

La scelta della norma dipende, secondo la dottrina (e secondo la stessa Consulta) dalla natura del danno.

Ora il punto teorico è il seguente: se non è possibile costruire una categoria unitaria di danno esistenziale, come è possibile sostenere che si tratta sempre e comunque di danno non patrimoniale?

**Il danno alla persona come «danno non patrimoniale»**

Una risposta possibile sembra che sia la seguente: la lesione di un **diritto inviolabile della persona** è sempre **danno non patrimoniale**, distinto dal danno morale da reato e, poiché attiene ad una posizione soggettiva o ad un interesse della persona costituzionalmente garantiti, spetta al giudice coordinare la norma fattispecie (= la clausola generale di tutela) con la norma di danno (art. 2059 c.c.); ma questa combinazione avviene per accordare, non per negare la tutela

L'esistenza del danno è insita nella lesione?

La risposta si avrà considerando l'interesse personale o il diritto violato. Se violo la riservatezza di una persona, sicuramente le provo un danno, ma se nel farlo mi avvalgo del diritto di cronaca, essendo tale persona un personaggio pubblico, occorre stabilire se la «causa di giustificazione» che mi esonera dalla responsabilità penale sia valida anche per l'esonero dalla responsabilità civile. Si potrà discutere sulla «dimensione», sul *puntum* del danno, non sulla sua esistenza in quanto lesione. Se esiste la lesione la domanda è fondata per l'*an debeatur*.

La lesione è dunque intesa come evento che determina la perdita di una qualità esistenziale rilevante. Se provo l'evento lesivo provo la lesione.

**Nesso causale e natura della lesione**

Il **nesso di causalità** dipende dalla natura della lesione: se ledo una sfera fisica, il nesso è naturalistico; se ledo una sfera giuridica o immateriale il nesso è di causalità giuridica. I giuristi italiani amano bizantineggiare. La definizione di **danno-evento** e **danno-conseguenza** li rende fecondi di scritti e di contumelie. Basta il buon senso dell'uomo comune. Certamente prima della morte c'è la vita, prima della lesione si era integri. Il fatto o evento lesivo o mortale da chi è stato determinato (= causato)? Da una condotta umana illecita. La conseguenza di tale fatto è il danno. Ma un fatto può essere plurioffensivo e in questo caso tutte le offese devono essere risarcite, oppure, in RCA, si vorrà dire che solo alcune di queste possono essere risarcite?

## 2.8 La natura patrimoniale o non patrimoniale del danno esistenziale

.....

Anche qui, malgrado i tre orientamenti dottrinari citati concordino sulla natura non patrimoniale, la disputa rischia di essere interminabile, nel prudente silenzio della giurisprudenza, che accorda o nega la tutela.

CENDON propone coraggiosamente una grande **categoria unitaria** del danno esistenziale. L'etichetta suona bene, è realisticamente conveniente. Lo stesso ROSSETTI, che nega l'esistenza del danno esistenziale (tanto che considera il nulla del danno da morte), si lascia sfuggire che il danno biologico

## Il danno esistenziale nella dottrina

attiene a condizioni dell'esistenza umana. Un esistenzialismo biologico, sia pure come componente implicita.

MONATERI è pluralista, come tendenzialmente pluralista è la proposta della Lega Italiana dei diritti umani e dei giuristi di *Valore Uomo* di costruire una categoria generale, costituita dalla pluralità dei danni ai diritti inviolabili della persona.

Se si parte dalla metodologia della Corte costituzionale del 1986 e dalle puntualizzazioni fornite dalla Cassazione (ma ignorate dalla dottrina e in particolare da CASTRONOVO) sul «combinato disposto» tra precetto costituzionale e clausola generale di garanzia (come interpretazione diretta, logico sistematica, e non analogica), allora potrà dirsi, nella gran parte dei casi, che la natura del danno alla persona non è patrimoniale, in quanto attiene ad un valore, ad una qualità, ovvero ad un interesse della persona, che non è apprezzabile in termini di patrimonialità.

Una tale lettura discende dal combinato disposto tra gli artt. 2 e 3 Cost. L'uomo vale per le sue qualità e per la sua pari dignità, senza che alcuna discriminazione possa svalutarlo.

Ovviamente, possono darsi situazioni di **interessi patrimoniali** dell'uomo costituzionalmente protetti: ed è tale il diritto al lavoro, il diritto alla libera negoziazione (cd. autonomia privata), il diritto alla libera concorrenza, il diritto al risparmio, il diritto alla proprietà.

**Interessi patrimoniali della persona costituzionalmente protetti**

In termini «internazionalistici» si tratta delle **libertà economiche** (v. Patti sociali ONU) e dei **diritti sociali** (dal lavoro all'associazionismo sindacale).

Il fatto è che per precise ragioni storiche che risalgono al grande movimento dei lavoratori europei (dalle *trade unions* inglesi ai sindacati e alle federazioni socialiste sul continente) gli interessi patrimoniali della persona, e del lavoratore in particolare, hanno trovato ampia anche se non esauriente tutela sul piano della retribuzione, della sicurezza del posto e poi del luogo di lavoro, della previdenza, dell'assistenza. Si è così giustamente privilegiato il valore «lavoro», mentre continuava la disputa intorno al valore della «proprietà», che era un «furto» per larga parte del socialismo europeo e del marxismo e un diritto «inviolabile» per larga parte del liberalismo e della destra cattolica (basta leggere il Sillabo di Pio IX).

**I diritti dei lavoratori e il privilegio accordato al valore «lavoro»**

Un diritto inviolabile patrimoniale, come è il *diritto al risparmio*, non sembra che sia stato debitamente tutelato in relazione alla parte debole che è il risparmiatore, e lo stesso intervento di sanatoria per gli interessi usurari sui mutui evidenzia il conflitto tra l'attività di gestione del risparmio privato da parte delle banche

**Diritto al risparmio inteso come diritto patrimoniale inviolabile**

## Capitolo 2

e la modestia di retribuzione del risparmio a fronte degli investimenti sconsigliati e ad alto rischio, magari per dar gloria alla locale squadra di calcio.

**Quale la soluzione più conveniente?**

In conclusione, si può ritenere che la disputa sulla natura del danno somigli al sesso degli angeli, ma chiunque entri nella chiesa di S. Maria del Popolo, nella Cappella ex

Borgia, avrà la sorpresa di trovare angeli nudi con attributi in vista (la chiesa si trova a Roma in piazza del Popolo).

Il problema di fondo non è la natura del danno, ma la lesione di un diritto della persona, e se a CENDON non piace la limitazione ai diritti «inviolabili», si osserva che almeno conviene partire da quelli, perché sul piano della *causa petendi* è difficile, al giudice, o al convenuto, contestarne la tutelabilità, specie quando il convenuto sia l'autore certo della violazione. Ove poi dottrina e giurisprudenza convengano sulla costruzione unitaria dei diritti della persona, fondamentali, esistenziali, inviolabili, allora il discorso sulla natura dei beni potrà essere ripreso in relazione alle singole violazioni.

Del resto anche i cultori del diritto penale, che tanto premono per la riforma di tale diritto, per allinearlo ai valori costituzionali, hanno da tempo posto in luce il rapporto diretto tra sanzione e valore, tra delitto e disvalore. È un metodo razionale che anche i civilisti dovrebbero meditare.

### 2.9 La norma applicabile al danno esistenziale

Abbiamo visto, per il danno alla salute, come le incertezze siano alimentate dalla stessa Corte costituzionale, che non riesce a sbarazzarsi della concezione dicotomica del danno (che è germanica) e della dicotomia zoppa (che appartiene alla parentesi totalitaria nazionale).

Seguendo il ragionamento proposto dalla Consulta (MENGONI e in dottrina CASTRONOVO), le linee di approdo seguitano ad essere due: da un lato la norma fattispecie (art. 2043 c.c.) per costruire l'illecito, o la responsabilità aquiliana, e dall'altro lato l'art. 2059 c.c. quando la natura del danno non è patrimoniale.

Resta il problema della limitazione della tutela al fatto reato, superato solo recentemente (2003). Ma questa tutela, osservava CASTRONOVO, era limitata quando esisteva il solo danno morale. Il limite era storicamente fondato sulla Relazione del Guardasigilli, uno dei migliori ideologi del fascismo; oggi, invece, la tutela è delimitata dal rispetto della Costituzione, non dalla Relazione del 1942.

**L'impostazione di Cass. SS.UU. 500/1999**

Il discorso proposto dalle SS.UU. della Cassazione civile è tuttavia diverso da quello della Consulta: il supremo organo di giustizia civile, con il suo intervento dal 1999

## Il danno esistenziale nella dottrina

(sentenza n. 500), ha provocato la riforma per legge della giurisdizione in ordine alle **azioni di danno contro la Pubblica Amministrazione** (L. 21 luglio 2000, n. 205).

Per la Cassazione è il principio del *neminem laedere* che governa il risarcimento del danno ingiusto, e tale principio ha rilevanza costituzionale quando concerne i diritti umani inviolabili, mentre ha rilevanza positiva ordinaria negli altri casi. Per questo occorre sempre far capo alla clausola generale dell'art. 2043 c.c. (che CASTRONOVO definisce norma fattispecie, come se fosse tipica) che è clausola aperta di garanzia.

La Corte costituzionale ha ampliato (1994, 1996) l'ambito dell'art. 2059 c.c. con riferimento al risarcimento dei danni non patrimoniali, considerando, contro la scienza medica mondiale, scindibili il **danno psichico** dal **danno fisico**. Si tratta di un errore scientifico prima che giuridico, ma un errore benefico, se consente un allargamento di tutela.

**La posizione della Corte costituzionale**

Quale condotta difensiva a fronte di queste formidabili incertezze? Colui che deduce di aver subito la lesione di un diritto umano inviolabile o di un diritto della persona

**Quali le difese per il danneggiato?**

(onore, riservatezza, libertà di pensiero, accesso ai mass media etc.), se pone la questione in termini di responsabilità aquiliana, deve pur sempre riferirsi alla clausola generale dell'art. 2043 c.c. Quanto alla *causa petendi*, porrà in luce il combinato disposto tra l'art. 2043 c.c., l'art. 2 della Cost. e le altre norme costituzionali e/o positive di riferimento. Poi articolerà le richieste di danno non patrimoniale e morale, in via equitativa ma circostanziata, e di danno patrimoniale, in base a prove più consistenti (per il danno emergente e per il lucro cessante).

Spetta al giudice valutare le prove e liquidare il danno: ma i **criteri equitativi** non potranno mai essere riduttivi, perché il principio di diritto da rispettare è quello della integrità del risarcimento. È difficile ma non impossibile criticare l'equità del giudice, specie quando gli siano state offerte circostanze obiettive e parametri razionali di valutazione.

## 2.10 Le dottrine contrarie al danno esistenziale

Ovviamente, le dottrine che si oppongono al riconoscimento della tutela civile della persona umana contrastano ferocemente o farisaicamente le tesi che si propongono in tutela del danno esistenziale o almeno di alcuni dei danni esistenziali più socialmente rilevanti e sentiti dall'opinione pubblica (i danni da lutto, da violenza sessuale, da pedofilia).

**Danno alla vita di relazione e tutela della salute** Il primo segnale deriva dalla tendenza del legislatore ad «ingessare» il danno biologico, eliminando il **danno alla vita di relazione** e il **danno da menomazione della capacità lavorativa generica**.

Per il primo si assume che, non attenendo esso alla scienza medica, non potrà mai essere causalisticamente accertato, dal punto di vista medico, il nesso tra danno biologico e perdita della vita di relazione, anche quando vi è prova della gravità di tale perdita.

Dove l'errore è appunto nella scelta della causalità materialistica come condizione *sine qua non*; la perdita della vita di relazione è infatti conseguenza immediata e diretta (art. 1223 c.c.) della lesione della salute e dunque è danno consequenziale risarcibile in via equitativa ai sensi dell'art. 2056 c.c. Se lo si estrapola dalla salute, ciò non di meno, non si può fare a meno di risarcirlo, perché attiene ad una qualità della vita socialmente utile e rilevante per la persona (artt. 2 e 3 Cost. tra di loro coordinati). Il danno alla vita di relazione è ingiusto perché lede la sfera inviolabile della socialità e discrimina di fatto il danneggiando, ponendo ostacoli alla manifestazione ed alla partecipazione alla vita sociale.

**Danno alla capacità lavorativa generica** Per il secondo aspetto (danno alla capacità generica) si assumerà che, quanto meno, per il lavoratore, **il risarcimento resta assorbito nell'indennizzo Inail**; mentre, per il non lavoratore, si tratterebbe di una categoria inutile o sommersa all'interno della liquidazione globale del danno biologico.

Come si vede il meccanismo logico parte dalla definizione di un danno (il biologico) per negarne le componenti che renderebbero integrale il risarcimento. Se dunque il legislatore, sollecitato dalla dottrina filoassicurativa, si è lasciato fuorviare per il danno biologico, c'è da chiedersi con quale rimedio reagirebbe a fronte di una giurisprudenza che trae dal suo cilindro il coniglio esistenziale.

Il rimedio del fariseo: basterebbe introdurre un comma alla definizione del danno biologico, tale da esprimere il concetto di assorbimento in esso della liquidazione dei danni ad interessi esistenziali rilevanti.

Assorbimento = mancata tutela, con buona pace per gli esistenzialisti ed i giuristi umanitari.