

Claudia Mariani

Mors omnia solvit: la questione della risarcibilità
dei <<danni da morte>>.

Note a margine delle sentenze Borsellino e
Cassarà.

MORS OMNIA SOLVIT: LA QUESTIONE DELLA RISARCIBILITÀ DEI «DANNI DA MORTE». NOTE A MARGINE DELLE SENTENZE BORSELLINO E CASSARÀ.

*Claudia Mariani**

SOMMARIO: 1. – I casi in questione. – 2. Il danno non patrimoniale. – 3. Il danno tanatologico *iure proprio* o c.d. danno da perdita del rapporto parentale – 4. Il danno catastrofico – 5. Il danno tanatologico *iure hereditario* – 6. Conclusioni

1. Le due sentenze in commento¹ definiscono, in primo grado, le cause civili promosse rispettivamente dalla vedova e dai figli del vice Questore Antonino Cassarà, assassinato dalla Mafia nell'attentato del 6 agosto 1985, mentre rientrava nella sua abitazione, contro il tutore di Salvatore Riina e nei confronti del Ministero dell'Interno, e dalla vedova ed i figli del Procuratore della Repubblica Paolo Borsellino, ucciso dalla Mafia nella strage di Via d'Amelio, insieme agli uomini della sua scorta, il 19 luglio 1992, contro i tutori di Salvatore Riina e di Salvatore Biondino, già condannati², in sede penale quali mandanti degli omicidi, e nei confronti del Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso³.

* Dottoranda di ricerca presso il Dipartimento di Diritto Privato, facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Palermo.

¹ Trib. Palermo 4 luglio 2007 e Trib. Palermo 12 novembre 2005.

² Per l'omicidio del vice questore aggiunto Cassarà v. Corte di Assise di appello Palermo 22 maggio 1996, e successivamente Cass. pen. 19-12-1997, che ha riconosciuto la responsabilità a titolo di dolo di Salvatore Riina quale mandante dell'omicidio (insieme a quella di Bernardo Provenzano, Michele Greco, Bernardo Brusca e Francesco Madonia). Per l'omicidio del magistrato Paolo Borsellino diversi sono stati i processi penali istruiti (tanto da denominarli Borsellino, Borsellino *bis* e *ter*). Per la condanna definitiva di Riina e Biondino v. Cass. pen 3-7-2003, n. 948 (Borsellino *bis*).

³ Istituito con la legge 22 dicembre 1999, n. 512, "Istituzione del Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso", pubblicata nella g.u. n. 6 del 10 gennaio 2000.

Le vicende si riferiscono a fatti tristemente noti soprattutto per l'impatto che hanno avuto sulla coscienza dell'intero Paese⁴, per il sacrificio eroico che entrambe le vittime, nell'adempimento del proprio dovere, hanno compiuto nel difendere lo Stato nella lotta contro la Mafia. Non v'è dubbio che nell'analisi una vicenda di tale portata, si possa, in qualche modo, correre il rischio di essere influenzati dal fattore emozionale. Nonostante ciò, se è indubbio che in tutti i casi attinenti la morte di un essere umano il fattore emozionale sia presente e vivo, soprattutto nel caso di delitti così efferati, e se è vero che si debba necessariamente tener conto, nel giudizio di responsabilità sia penale sia civile, delle modalità di compimento del delitto, l'analisi del fatto compiuta dal giurista deve tendere alla massima astrazione. Solo nel momento della quantificazione e personalizzazione della pena e del danno saranno possibili valutazioni in ordine alla speciale circostanza in cui l'illecito è stato compiuto. Prima di procedere sembra opportuno chiarire quali esattamente siano le funzioni del Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso. Il Fondo è stato istituito con la legge 512/99 presso il Ministero dell'Interno e ha lo scopo di soddisfare le richieste presentate in sede civile dai familiari della vittime. Le somme stanziare per l'assolvimento del suo compito derivano dalla confisca di beni mafiosi e da un contributo annuale determinato di anno in anno dallo Stato.

Le vittime di reati mafiosi, dunque, non ottengono le somme di denaro direttamente dai colpevoli condannati ma dallo Stato, che, attraverso il Fondo, garantisce loro (o ai loro eredi) di ottenerne l'effettivo e sollecito pagamento. Per quanto poi concerne i rapporti tra il Fondo e il responsabile civile, l'art 6, co.4, l. 512/99 dispone che «Il Fondo è surrogato, quanto alle somme

⁴ Trib. Palermo 4 luglio 2007 «non potrà mai rimarcarsi abbastanza che la perdita del marito e del padre, nel modo tragico che ha sconvolto le coscienze del Paese e, a maggior ragione, quella dei parenti più intimi del Procuratore, non potrà mai essere "integralmente" compensata da una somma di denaro».

corrisposte agli aventi titolo, nei diritti della parte civile o dell'attore verso il soggetto condannato al risarcimento del danno. Tali somme rimangono a titolo definitivo a carico del Fondo nel caso in cui questo non possa soddisfare il suo diritto nei confronti del soggetto condannato al risarcimento del danno».

In sede civile le richieste degli eredi Cassarà sono le seguenti: il danno da morte subito del Vice Questore, catastrofico (o morale terminale), *iure hereditario*, e il danno, *iure proprio*, subito per la morte del congiunto⁵. Entrambe le richieste sono accolte dal tribunale di Palermo.

Gli eredi Borsellino articolano più richieste, precisamente: «1. Il danno biologico pari al 100% spettante al giudice Borsellino per la morte a titolo ereditario; 2. Il danno “catastrofico”, spettante sempre a titolo ereditario, per la piena consapevolezza da parte del Giudice della prossima morte a partire dall’omicidio del giudice Falcone, circostanza che lo aveva indotto ad allontanarsi dai figli, in modo che soffrissero meno la sua prematura scomparsa; 3. Il danno patrimoniale subito per i mancati ingressi alla famiglia, a seguito del venir meno dello stipendio del congiunto; 4. Il danno non patrimoniale (biologico, morale ed esistenziale) per la perdita rispettivamente del marito e del padre, costituito non solo dal dolore per la perdita del padre, ma anche dalle gravi conseguenze psicofisiche subite dagli odierni attori, da unirsi al particolare clamore della vicenda sul territorio nazionale⁶».

In entrambe le sentenze, dunque, oltre al risarcimento del danno per la morte di uno stretto congiunto e alla sua liquidazione, si vengono a porre ulteriori due questioni: la questione relativa alla risarcibilità del danno tanatologico in senso stretto e di quello catastrofico.

⁵ Trib. Palermo 12 novembre 2005.

⁶ Trib. Palermo 4 luglio 2007.

2. Le due pronunce gemelle del 2003⁷ e la sentenza della Corte Costituzionale dello stesso anno hanno senza dubbio segnato un momento particolarmente significativo della riflessione sul danno non patrimoniale (*rectius* danno alla persona). La Suprema Corte ha, infatti, ricondotto ad unità, tramite una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. alla luce dell'art. 2 Costituzione, la categoria dei danni che vadano a ledere diritti inviolabili della persona⁸, riscrivendo il senso della riserva di legge da sempre esaurita nel rinvio all'art. 185 c.p.⁹ La suddetta riserva permetteva il risarcimento del danno non patrimoniale (danno morale o *pretium doloris*), solo nelle ipotesi di diritto protetto da esplicito riferimento normativo, referente da trovarsi unicamente nel diritto penale¹⁰.

La linea di sviluppo della responsabilità aquiliana è nel senso dell'ampliamento dell'ambito della tutela, sia nel campo del danno meramente

⁷ Cass. 31-5-2003, n. 8827, in *Corr. giur.* 2003, con nota di M. Franzoni, *Il danno non patrimoniale, il danno morale, una svolta per il danno alla persona*, 1031 s.

⁸In un primo tempo la tutela è stata attuata attraverso gli strumenti offerti dall'art. 2043 c.c.: emblematica in questo senso è la parabola del danno biologico. Il danno alla salute (danno biologico), pur essendo certamente un danno di natura reddituale e quindi non patrimoniale per definizione, veniva risarcito tramite l'applicazione dell'art. 2043 letto in coordinato con l'art. 32 della Costituzione. La figura del danno biologico figura squisitamente «giurisprudenziale» - in tal senso C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, 53- è entrata a far parte del nostro ordinamento a partire dalla pronuncia della Corte cost. 14-7-1986, n. 184, e trovava il suo alveo iniziale nell'art. 2043, per sfuggire alle strette maglie dell'art. 2059. A tale pronuncia si deve la in/felice distinzione danno evento (danno alla salute, risarcibile ex art. 2043) e danno conseguenza (danno morale soggettivo risarcibile ex art. 2059). La successiva pronuncia della Consulta, la sentenza. 24-10-1994, n. 372, ha invece definito tutti i danni, quali danni conseguenza, ritenendo l'ingiustizia quale unico criterio di selezione del danno risarcibile, dunque andando contro la prima, che faceva coincidere la lesione con il danno. La sentenza Corte cost. 24-10-1994, n. 372 opera nella direzione dell'unificazione sotto l'alveo dell'art. 2059 dell'intera tutela della persona attraverso il richiamo alla Costituzione, percorso portato a termine dalle pronunce del 2003.

⁹ In realtà a riprova della stretta riserva di legge sono state richiamate altre disposizioni di leggi speciali: l'art. 89 c.p.c., l'art. 2, co.1, l. 117/1988, l'art. 29 u.c., l. 675/96, l'art. 44 co. 7 d.lgs. 286/98. Cfr. Corte cost. 14-7-1986, n. 184 per la disamina di questa ipotesi e di altre ancora si rinvia a Franzoni, *Il danno non patrimoniale*, cit., 1033.

¹⁰Franzoni, op. cit., 1039.

patrimoniale sia in quello del danno non patrimoniale, estendendola anche a quegli interessi¹¹ altri dai diritti soggettivi¹².

Il riferimento alla Grundnorm dell'art. 2 Cost. azzerà gli stessi limiti della riserva di legge: «ritiene il Collegio che, venendo in considerazione valori personali di rilievo costituzionale, deve escludersi che il risarcimento del danno non patrimoniale che ne consegua sia soggetto al limite derivante dalla riserva di legge correlata all'articolo 185 Cp» e pertanto «il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della legge fondamentale, atteso che il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale¹³».

Il danno non patrimoniale pur nella sua sostanziale unità, viene di regola scomposto in tre categorie danno biologico, danno morale e danno esistenziale, così come sostanzialmente confermato dalla sentenza della Corte

¹¹Sino alla famosa sentenza Meroni, Cass. s.u. 26-1-1971, n. 174, dove la Corte si pronuncia a favore del danno da lesione del credito, dunque di un diritto relativo, il risarcimento del danno extracontrattuale era limitato, dalla giurisprudenza, alle ipotesi in cui fosse ravvisabile la lesione di diritti soggettivi assoluti. Ancor più importante è stato il passo avanti compiuto a seguito della pronuncia della Cassazione s. u. 22-7-1999, n. 500, dove viene riconosciuta tutela aquiliana anche in relazione alla lesione di interessi legittimi.

¹²Cfr. S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*², Milano, 1967, 195; 201-203. L' A. non si esprime in termini di lesione di diritti soggettivi ma si riferisce alle fattispecie contrassegnate dalla «lesione di una qualsiasi situazione giuridica rilevante». Ed ancora illustra quale sia la definizione di tali fattispecie e il ruolo dell'art. 2043: «per situazione giuridica deve intendersi il modo di essere e il risultato della valutazione che la norma fa di interessi umani [...] L'art. 2043 [...] si riferisce ad una sfera giuridica preesistente, già posta da altre norme, e non è esso a crearla. E questa considerazione interessa [...] soprattutto per precisare in che senso sia possibile far capo al concetto di situazione giuridica rilevante al fine di circoscrivere l'ambito di operatività della clausola generale di responsabilità. La nozione di rilevanza, allora, proprio per il suo carattere formale, non può costituire uno strumento per operare distinzioni all'interno del complesso delle situazioni giuridiche soggettive: sulla scorta di essa è possibile soltanto accertare i casi in cui un interesse non si configura più sotto un profilo economico, morale o sociale ma è assunto tra quelli protetti dal diritto».

¹³Cass. 31-5-2003, n. 8827, in *Corr. giur.*, 2003, 8, con nota di Franzoni, *Il danno non patrimoniale, il danno morale, una svolta per il danno alla persona*, 1031 s.

Costituzionale 233/2003¹⁴. Altro è però affermare che l'intera disciplina del danno non patrimoniale va oramai ricondotta all'alveo dell'art. 2059¹⁵, altro è invece concepire il danno non patrimoniale come sintesi di più voci¹⁶ e tra queste il danno esistenziale.

L'inquadramento e i contorni del danno non patrimoniale emergono con una certa chiarezza dal testo delle sentenze del 2003, la nozione di danno esistenziale resta sicuramente una delle più controverse, soprattutto se messa in relazione con quella di danno morale, e la dottrina continua a dividersi sulla stessa configurabilità come categoria autonoma¹⁷.

¹⁴ Questo il passo della pronuncia Corte. cost. 11-7-2003, n. 233, in *Danno e resp.*, 10/2003, con nota di A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 233/03*, «In due recentissime pronunce (Cass.31-5-2003, nn. 8827 e 8828)[...] viene, infatti, prospettata (...) un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: e dunque sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art. 32 cost.); sia infine il danno (spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona».

¹⁵ Anche se per quanto concerne l'individuazione della fattispecie chiaramente la norma fondante rimane sempre l'art. 2043 c.c. In questo senso molto chiara è la sentenza Cass. 31-5-2003, n. 8828, cit. «Non vale pertanto l'assunto secondo cui il danno sarebbe in re ipsa, nel senso che sarebbe coincidente con la lesione dell'interesse. Deve affermarsi invece che dalla lesione dell'interesse scaturiscono, o meglio possono scaturire, le suindicate conseguenze, che, in relazione alle varie fattispecie, potranno avere diversa ampiezza e consistenza, in termini di intensità e protrazione nel tempo. Il danno in questione deve quindi essere allegato e provato». In precedenza Corte cost. 24-10-1994, n. 372 «la prova della lesione è, in re ipsa, prova dell'esistenza del danno (atteso che da una seria lesione dell'integrità fisio-psichica difficilmente si può guarire in modo perfetto), non già che questa prova sia sufficiente ai fini del risarcimento. È sempre necessaria la prova ulteriore dell'entità del danno, ovvero la dimostrazione che la lesione ha prodotto una perdita di tipo analogo a quello indicato dall'art. 1223 cod. civ., costituita dalla diminuzione o privazione di un valore personale (non patrimoniale), alla quale il risarcimento deve essere (equitativamente) commisurato». Sul punto Castronovo, *La nuova responsabilità*, cit., 95, in particolare nt 89.

¹⁶ Alle tre macrovoci vanno aggiunte quelle di danno tanatologico, danno catastrofico, danno morale terminale, danno biologico terminale e tutte le altre come quella di danno alla vita di relazione o parentale, che vagano da una macrovoce all'altra come i famosi "personaggi in cerca di autore".

¹⁷ Contestano tale figura di danno: F.D. Busnelli, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2003, 826; G. Chiné, *Cronaca di una morte annunciata? La parabola del danno esistenziale*, in *Corr. merito*, 2006, 829; G. Ponzanelli, *La lettura costituzionale dell'art. 2059 c.c. esclude il danno esistenziale*, in *Danno e resp.* 2007, 310; Id., *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, Padova, 2007, passim; M. Rossetti, *Danno esistenziale, fine di un incubo*, in *Dir. e Giust.*, 2005, 40; E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 2006, passim.

Il danno esistenziale si sostanzierebbe in un *non facere* o meglio nella mancata possibilità di fare attinente alla personalità dell'individuo e in ciò risiederebbe la differenza con il danno morale, che, invece, ha la funzione di risarcire un *pati*. Il danno esistenziale si appunterebbe sull'alterazione delle attività realizzatrici della persona umana¹⁸, la cui lesione si traduce in un danno *contra ius* proprio in virtù di una lettura costituzionalmente orientata.

Questa figura è duramente criticata da coloro che aderiscono alla ricostruzione bipolare dell'illecito aquiliano, giacché, sebbene riconoscano l'indubbio contributo che la figura del danno esistenziale ha apportato al riconoscimento e tutela del danno non patrimoniale, ne sottolineano la sopravvenuta inconsistenza, almeno in termini di utilità pratica, proprio alla luce della sua riconduzione all'alveo dell'art. 2059, sciolto dai rigidi limiti testuali dettati dalla riserva di legge¹⁹.

Una parziale convergenza si produce con le conclusioni dei sostenitori della teoria monocentrica della responsabilità civile, fondata sulla funzione generale di *compensation* dell'art. 2043, cui si contrappone la limitata funzione sanzionatoria - punitiva dell'art. 2059, nei casi espressamente previsti dalla legge²⁰. In tale ottica il danno esistenziale, appare un'«ineffabile figura nata dall'ingegno di P. Cendon» e se ne riproduce una critica fondata sui medesimi argomenti alla base della teoria bipolare come quello che una volta «emancipato il risarcimento dei danni alla persona (ed alla personalità) dalla

¹⁸ P. Cendon (a cura di), *Il diritto delle relazioni affettive*, Padova, 2005, passim; G. Cassano, *Cenni sul danno esistenziale*, in *Resp. com. e impresa*, 2001, 503; V. Zeno Zencovich, *Law & comics: Paperon de Paperoni, Gatto Silvestro, Bugs Bunny, Wile Coyote e la responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 1999, 356; P. Ziviz, *La tutela risarcitoria della persona. Danno morale e danno esistenziale*, Milano, 1999, passim.

¹⁹ M. Rossetti, *L'inutilità del danno esistenziale*, in *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, a cura di G. Ponzanelli, Padova, 2007, 66 s.

²⁰ A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale "monocentrica" della responsabilità civile)* " Parte I - Ingiustizia, patrimonialità e risarcibilità del danno nel "law in action", in *Riv. critica dir. priv.*, 2003, 9 s.; Id., *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale "monocentrica" della responsabilità civile)* " Parte II- Ingiustizia, patrimonialità, non patrimonialità nella teoria del danno risarcibile, ivi, 2003, 219 s.

sussistenza del fatto di reato potrebbe essere divenuto inutile discorrere di danno morale "soggettivo" e di danno esistenziale, essendo sufficiente distinguere, in sede di valutazione e di liquidazione, tra le conseguenze interne (dolore e sofferenza) e quelle esterne di ciascun danno non patrimoniale, biologico o non biologico».²¹

Gli "anti-esistenzialisti" optano per l'unificazione della categoria del danno non patrimoniale e con ciò decretano che non vi è più spazio per la figura del danno esistenziale, poiché il nuovo danno morale, affrancato dalle tradizionali strettoie, può ben racchiudere in sé la tutela di tutti i pregiudizi di natura esistenziale²². In definitiva non si ravvisa il tratto differenziale tra la sofferenza soggettiva immediatamente successiva all'illecito (riconducibile al *pati* e dunque al danno morale) e la sofferenza da alterazione del c.d. fare aredituale (danno esistenziale), giacché entrambe le presunte voci di danno sono sostanzialmente riconducibili all'idea di sofferenza, che si presta ad abbracciare indistintamente sia l'una sia l'altra. La sofferenza da rinuncia in realtà non sarebbe altro che una manifestazione della sofferenza da perdita: se un soggetto soffre per la perdita di un genitore, soffre anche per tutte le rinunce connesse (non poter più godere della sua guida e del suo conforto, della possibilità di viaggiare insieme o di andare a pesca e al cinema), ma non per questo sorgono autonome voci di danno. Ciò è tanto più vero, in seguito al superamento dell'idea che la sofferenza causata dal danno morale sia

²¹ M. Feola-A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno ingiusto non patrimoniale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 469

²² G. Ponzanelli, *La prova del danno non patrimoniale e i confini tra danno esistenziale e danno non patrimoniale*, in *Foro it.*, 2006, 2238. «rendendo più omogenea l'area di protezione del danno non patrimoniale, tramite l'elaborazione di una categoria omnicomprensiva riferentesi a tutti i pregiudizi non patrimoniali, inerenti al valore della persona costituzionalmente protetto». Lo stesso A. ritiene pericolosa la categoria e fonte di confusione.

transeunte²³, idea questa a cui si riallaccia l'individuazione di un ulteriore elemento differenziale tra le due tipologie di danno²⁴.

La siffatta interpretazione è largamente condivisibile ma si deve pur riconoscere alla figura del danno esistenziale e ai suoi autorevoli padri, l'indubbio merito di aver promosso «sul terreno risarcitorio, quella piena valorizzazione della persona verso cui appare rivolto lo sviluppo della nostra società»²⁵ e di aver acceso i riflettori della responsabilità civile sopra tipologie di danni che appiattiti o non considerati, perché non riuscivano ad entrare a pieno titolo né nelle maglie dell'art. 2043, né tanto meno nelle strette maglie dell'art. 2059. In questo caso il bisogno di tutela è stato talmente forte da prevenire il riconoscimento del diritto in chiave aquiliana.

Gli esistenzialisti e i non esistenzialisti, si sono mossi nello stesso modo, vale a dire, cercando di mettere a confronto le tipologie di danno quale quel biologico e morale con quello esistenziale ma in direzioni opposte: gli uni mettendone in evidenza le peculiarità, l'autonomia e l'importanza, gli altri affermandone la sostanziale inesistenza (e si scusi il gioco di parole), o meglio la riconducibilità dello stesso alle due tipologie suddette.

Allo stato dell'arte le Sezioni Unite sono chiamate a dirimere la complicata questione, chiamate in causa con una a dir poco caustica, ordinanza, nella quale la terza Sezione chiede che siano sciolti numerosi nodi: tra tutti la questione del danno esistenziale²⁶.

²³ Così come ribadito anche dalle sentenze Cass 31-5-2003, nn. 8827 e 8828, cit. e Corte. cost. 11-7-2003, n. 233, cit.

²⁴ In realtà questa affermazione nacque sempre con la finalità di liberare il danno non patrimoniale dai famosi lacci e laccioli dell'art. 2059 c.c., relegando, dunque, la sua funzione al solo risarcimento della sofferenza transeunte. Sul carattere non necessariamente transeunte del danno morale si rinvia a Rossetti, *L'inutilità del danno esistenziale* cit., 69 s.

²⁵ P. Cendon, *Prospettive del danno esistenziale*, in *Dir. fam.*, 2000, 262.

²⁶ Cass. 25-02-2008, ord., n. 4712, in *Danno e resp.*, 2008, 553 s., con nota di G. Ponzanelli, *Una discussa voce di danno al vaglio delle Sezioni Unite*.

3. Nell'alveo del danno esistenziale si suole collocare la figura del cd. danno parentale, ovvero del danno che deriva dalla lesione (che si manifesta quale perdita non patrimoniale) di due beni della vita, inscindibilmente collegati: a) il bene della integrità familiare, con riferimento alla vita quotidiana della vittima con i suoi familiari, in relazione agli artt. 2, 3, 29, 30, 31, 36 della Costituzione; b) il bene della solidarietà familiare, sia in relazione alla vita matrimoniale che in relazione al rapporto parentale tra genitori e figli e tra parenti prossimi conviventi, specie quando gli anziani genitori sono assistiti dai figli, e ciò in relazione agli articoli 2, 3, 29 e 30 Cost²⁷.

Ove sia provocata dalla uccisione di un congiunto, la lesione è qualificabile anch' essa quale danno tanatologico, risarcibile *iure proprio*, in quanto lo stesso evento morte causa non solo il danno alla vittima, ma anche un danno diretto al congiunto: l'evento plurioffensivo determina contestualmente la lesione di tutti gli interessi²⁸.

La figura del danno tanatologico *iure proprio* ha trovato conferma, oltre che nelle citate sentenze del 2003, anche in una pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite²⁹, ma la dottrina e la giurisprudenza sono ancora divise³⁰ sull'esatta qualificazione, o meglio, sulla sua riconducibilità nell'alveo del danno esistenziale. Ed ancora la difformità di opinioni si appunta più in generale sulla idoneità del danno tanatologico *iure proprio* ad abbracciare tutte le ipotesi di danno da morte risarcibili unicamente in capo al familiare

²⁷ In questi termini è definito nella pronuncia Cass.12-7-2006, n. 15760.

²⁸ Cass. s.u. 1-7-2002, n. 9556.

²⁹ Cass. s.u. 24-3-2006, n. 6572, lo definisce quale danno esistenziale per la perdita del «rapporto personale con la vittima primaria nel suo essenziale aspetto affettivo o di assistenza morale (cura, amore), cui ciascun componente del nucleo familiare ha diritto nei confronti dell'altro».

³⁰ D. Chindemi, *Il c.d. danno parentale*, in *Resp. civ. e prev.* 12, 2006, 2087, il quale rinvia alla definizione di Cendon. Sull'unicità del danno non patrimoniale e sulla inutilità della figura del danno esistenziale, in quanto rappresentativo di danni risarcibili ai sensi dell'art. 2059, nella sua più ampia accezione derivante dalla lettura costituzionalmente orientata, v. G. Ponzanelli, *La lettura costituzionale dell'art. 2059 esclude il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 3, 2007; Id., *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, Padova, 2007, passim.

comprensivo dunque «dei danni biologico, morale ed esistenziale subito dal superstita in rapporto eziologico con il venir meno di tutta la sfera affettiva – interrelazionale con la vittima»³¹. In tal senso si potrebbe parlare anche di danno da lesione del progetto di vita, come si avrà modo di argomentare nel corso della trattazione.

La sentenza Borsellino sembra accogliere questa tesi, per conciliare le «non opposte» esigenze di evitare la duplicazione di voci di danno, ma allo stesso tempo di rispettare il principio di integrale riparazione, salvo poi sconfessare la prima nel momento in cui si ha cura di risarcire separatamente il danno morale e il danno esistenziale (parentale).

Tale scelta consegue dalla definizione che si assume di danno morale e di danno esistenziale e proprio sul punto si scontrano nuovamente le due correnti quelle favorevoli al danno esistenziale, quale autonoma categoria di danno, e quelle contrarie.

Le sentenze gemelle hanno riconosciuto ontologicamente diverso il danno parentale dal danno morale soggettivo, nella sua accezione classica di transeunte turbamento, e dunque consentito il cumulo dei due danni anche se nella fase di liquidazione invitano a considerare una più limitata funzione di ristoro del danno morale, posto il contestuale ristoro del danno parentale, proprio per non superare i limiti della funzione risarcitoria che non può che riparare un pregiudizio subito³².

La sentenza della Corte Costituzionale n. 233/2003, menziona esplicitamente la categoria del danno esistenziale³³, ma senza alcun dubbio è la pronuncia delle Sezioni Unite del marzo 2006 quella che ha sollevato le maggiori

³¹ Chindemi, *Il c.d. danno parentale* cit., 2084.

³² Cass. 31-5-2003, n. 8828 cit.

³³ Corte. cost 11-7-2003, n. 233, cit.

polemiche in ordine soprattutto alla figura del danno esistenziale, precisamente in ordine al regime probatorio³⁴.

Quanto alla categoria del danno esistenziale si può aderire, senza per questo sentirsi affetti da ossessioni negazioniste³⁵, alla posizione di chi la trova essenzialmente fuorviante e superflua dal momento che le sofferenze subite possono essere tranquillamente risarcite alla stregua del danno morale, liberato dalla accezione di patema transeunte e capace di esprimere tutte le sue potenzialità³⁶ il che implica l'affrancazione del danno morale subiettivo dalle ipotesi di reato. Infatti secondo la stessa dottrina l'art. 2059 c.c. si presta a risarcire qualunque pregiudizio di natura non patrimoniale, sia esso *pretium doloris* o lesione di beni costituzionalmente rilevanti, dunque non si comprende la diversità ontologica che li contraddistingue³⁷.

D'altra parte per gli esistenzialisti, posta la summenzionata differenza tra il *non facere* e il *pati*, vi sarebbe un ingiustificato *vulnus* nella tutela aquiliana, se non si potesse accedere a tale categoria di danno, o meglio resterebbero privi di tutela tutti i pregiudizi che non possano trovare altrimenti ristoro.

Il tribunale palermitano nel caso specifico riconosce le due figure di danno quello morale e quello esistenziale parentale, usando le dovute cautele consigliate dalla giurisprudenza maggioritaria.

La sentenza Cassarà ricostruisce la genesi e i successivi sviluppi del danno parentale, e pur facendo espresso riferimento ad un passo della pronuncia Cass. 8827/2003 nella quale viene ribadita «la dilatazione degli originari ambiti concettuali del danno morale», categoria comprensiva di «tutte le

³⁴ Si rinvia alle note a Cass. s.u. 24-3-2006, n. 6572, di P. Cendon, *Voci lontane, sempre presenti sul danno esistenziale*, cit. e di G. Ponzanelli, *La prova del danno non patrimoniale*, cit., 2234 s.

³⁵ L'espressione è di P. Cendon, *Danno esistenziale e ossessioni negazioniste*, in *Resp. civ. e prev.*, 2, 2007, nota a Cass. 9-11-2006, n. 23918.

³⁶ V. sul punto Ponzanelli, *Il risarcimento integrale*, cit. 5 s. L' A. in particolare teme che diversamente non si possa che giungere alla moltiplicazione dei diritti e dei danni.

³⁷ Così in particolare Ponzanelli, op. cit., 7 s.

rinunce collegate alle sofferenze provocate dal fatto lesivo costituente reato: queste ultime riguardate inoltre, non di rado, nella loro perdurante protrazione nel tempo e non già come patema d'animo o stato d'angoscia transeunte»³⁸, continua a sostenere l'ontologica differenza dei due danni, sulla scorta di considerazioni essenzialmente pratiche quali, ad esempio, la circostanza che il danno morale sia in ogni caso liquidato alla stregua di un sistema tabellare mentre il danno esistenziale – parentale non possa che essere liquidato in via equitativa, in quanto unica via in grado di valorizzare l'effettiva sofferenza provata. Sembrerebbe una contraddizione in termini, se si riflettesse sul richiamo fatto in sentenza (8827/2003) alla unicità del danno non patrimoniale, ma soprattutto alla necessità espressa nella sentenza in commento di personalizzare anche il danno morale, operazione superflua visto il contemporaneo riconoscimento del danno esistenziale.

In realtà la critica che si muove non comporta nessun *vulnus* nella riparazione del danno sofferto, ma offre una alternativa più ossequiosa della riparazione che del *nomen* del danno³⁹.

È, dunque, sorprendente la facilità con la quale si tende ad unificare sotto una unica voce tutte le conseguenze pregiudizievoli che derivino dalla morte di un congiunto quando si pone la questione del danno catastrofico e tanatologico; mentre la medesima ottica di semplificazione non si rinviene e si rischia la duplicazione o comunque si ricade nel gioco delle poste quando è in ballo il risarcimento del danno esistenziale in via autonoma rispetto al danno morale. Infatti, se nel primo caso a ben vedere si potrebbero astrattamente configurare due pregiudizi diversi (sebbene scaturenti dal medesimo evento) per lo meno

³⁸ Cass. 31-5-2003, n. 8828, cit.

³⁹ Cass. 31-5-2003, nn. 8827 e 8828, cit. «Non sembra tuttavia proficuo ritagliare all'interno di tale generale categoria specifiche figure di danno, etichettandole in vario modo: ciò che rileva, ai fini dell'ammissione a risarcimento, in riferimento all'articolo 2059, è l'ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona, dal quale conseguano pregiudizi non suscettivi di valutazione economica.».

sotto il profilo soggettivo, ovvero la lesione del diritto all'integrità psico-fisica della vittima e la lesione del rapporto parentale, nel secondo caso sarebbe stato meno arduo unificare sotto un'unica voce il nuovo danno morale (o ancor meglio danno non patrimoniale da lesione di interessi costituzionalmente garantiti) ed il danno esistenziale poiché si tratta di situazioni parzialmente sovrapponibili, per lo meno dal punto di vista oggettivo⁴⁰.

Ma tant'è, le ultime pronunce in tema tendono a riconfermare la qualificazione del danno parentale quale sottovoce di quello esistenziale⁴¹.

Una ultima notazione va dedicata alla sentenza Cassarà per quanto attiene alla prova del danno parentale: figura che tale sentenza definisce come pregiudizio che non necessita di alcuna prova: «la presenza di tali danni nei confronti di strettissimi congiunti del defunto (quali indubbiamente sono la moglie ed i figli dello stesso) può presumersi senza la necessità di alcuna prova specifica sul punto (l'onere probatorio dovrà invece essere tanto più gravoso quanto minore è il vincolo di parentela che lega la vittima a colui il quale pretende una posta risarcitoria), essendo un dato di comune esperienza e sotto gli occhi di tutti e, pertanto, non necessitante di particolari dimostrazioni». A prima vista, una tale conclusione sembrerebbe addirittura smentire la necessità, più volte ribadita, che nella liquidazione di ogni tipologia di danno il giudice debba provvedere *iuxta alligata et provata*⁴², evocando la figura del danno *in*

⁴⁰ Sempre che si aderisca ad una lettura dell'articolo 2059 conforme a quella delle sentenze del 2003, ovvero quella di un articolo 2059 che non si limita a disciplinare il solo danno morale subiettivo, ma che abbraccia tutte le conseguenze dannose di carattere psichico, non solo di natura transeunte ma anche di carattere permanente.

⁴¹ In particolare si fa riferimento alla pronuncia Cass. 31-1-2008, n. 2379 « Il valore della solidarietà familiare, fortemente sentito dall'ordine giuridico e dalle decisioni giurisdizionali USA, è altrettanto solido nella Costituzione e nelle leggi italiane e dunque il danno esistenziale, ai sensi dell'art. 2059 correlato agli artt. 29 e 30 della Costituzione italiana, appare configurabile tanto più per un nucleo familiare compatto. I giudici del rinvio dovranno pertanto provvedere alla liquidazione del danno esistenziale parentale, con i criteri di una equità circostanziata, *iuxta alligata et provata*».

⁴² Cass. 31-1-2008, n. 2379.

*re ipsa*⁴³. La sentenza in esame, a ben vedere, non adotta però la controversa figura del danno *in re ipsa*, perché il senso complessivo della motivazione sul punto della dimostrazione del danno sembra piuttosto sospingere verso le diverse categorie della prova per presunzioni⁴⁴ e della prova fondata sul fatto notorio, le quali non indeboliscono di certo la posizione dei richiedenti⁴⁵. Il danno *in re ipsa*, tutt'al contrario, finisce per consentire il risarcimento come danni parentali anche di pregiudizi di fatto non riscontrabili, tanto più che la rottura violenta del legame familiare non necessariamente si risolve in un danno (si pensi alla morte di un genitore che non si è mai conosciuto, oppure con il quale si ha un rapporto deteriorato o inesistente).

D'altro canto, nel caso Cassarà, la giovane età della vittima e della moglie, la situazione di convivenza di tutti i componenti del nucleo familiare, la tenera età dei figli giustificano il ricorso al fatto notorio poiché si tratta di circostanze

⁴³ L'idea del danno *in re ipsa* è contrastata dalle sentenze . Cass. 31-5-2003, nn. 8827 e 8828, cit. «Per quanto concerne, infine, la prova del danno, osserva il Collegio che 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» e in un passo successivo proprio in relazione alla prova di tale danno. «Non vale pertanto l'assunto secondo cui il danno sarebbe *in re ipsa*, nel senso che sarebbe coincidente con la lesione dell'interesse. Deve affermarsi invece che dalla lesione dell'interesse scaturiscono, o meglio possono scaturire, le suindicate conseguenze, che, in relazione alle varie fattispecie, potranno avere diversa ampiezza e consistenza, in termini di intensità e protrazione nel tempo». Il danno in questione deve quindi essere allegato e provato.

⁴⁴ Cass. s.u. 24-3-2006, n. 6572 «precipuo rilievo assume rispetto a questo tipo di danno la prova per presunzioni, mezzo peraltro non relegato dall'ordinamento in grado subordinato nella gerarchia delle prove, cui il giudice può far ricorso anche in via esclusiva (tra le tante Cassazione 9834/02) per la formazione del suo convincimento, purché, secondo le regole di cui all'articolo 2727 cc venga offerta una serie concatenata di fatti noti, ossia di tutti gli elementi che puntualmente e nella fattispecie concreta (e non in astratto) descrivano». Contro il danno *in re ipsa* si esprime Ponzanelli, *La prova del danno non patrimoniale* cit., 2239.

⁴⁵ Cass. s.u. 24-3-2006, n. 6572 «se è vero che la stessa categoria del "danno esistenziale" si fonda sulla natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile, del pregiudizio esistenziale: non meri dolori e sofferenze, ma scelte di vita diverse da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso – all'onere probatorio può assolversi attraverso tutti i mezzi che l'ordinamento processuale pone a disposizione».

generalmente conosciute⁴⁶ e ciò consente di ritenere provata la sussistenza di tale danno⁴⁷.

Sul terreno dell'onere probatorio il danno esistenziale sembra, dunque, cedere il passo al danno morale: il secondo non necessita infatti di prova⁴⁸, nel primo invece è indispensabile posto che «in mancanza di allegazioni sulla natura e le caratteristiche [...], non è possibile al giudice neppure la liquidazione in forma equitativa, perché questa, per non trasmodare nell'arbitrio, necessita di parametri a cui ancorarsi»⁴⁹.

Quest'ultimo rilievo è valido soltanto in seno ai rapporti di lavoro, come è sottolineato da una successiva pronuncia⁵⁰; laddove sul terreno del danno

⁴⁶ Sul punto M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, 3, t.2, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 1992, 397-398, «pare evidente che non ogni ragionamento fondato sul riferimento a massime di esperienza sia di per sé accettabile». L'A. infatti indica precisi criteri di razionalità nell'impiego delle massime: «occorre che si utilizzino solo massime sulle quali vi è un consenso diffuso nella cultura media» ed inoltre «occorre che l'inferenza tenga conto della natura specifica della massima impiegata». Sul rapporto tra massime di esperienza e divieto di utilizzare la scienza privata del giudice v. L. Montesano-G. Arieta, *Trattato di diritto processuale civile*, 1, t. 2, Padova, 2001, 1171, dove viene citata la pronuncia Cass., 2-3-1979, n. 1670. La Corte Suprema aveva ritenuto violato l'art. 115 c.p.c., perché il giudice aveva posto a base della decisione ragionamenti che implicavano conoscenze mediche non diffuse nella cultura media.

⁴⁷ Il fatto notorio, espressamente richiamato all'art 115 c.p.c., non dispensa le parti dall'onere di affermazione e allegazione e proprio in virtù di ciò «la notorietà di una circostanza deve essere addotta in una fase nella quale al controinteressato non sia precluso, o reso difficile, il contraddire. E ciò non soltanto in relazione alla notorietà del fatto o alla verità storica del medesimo (apprezzamenti che pertengono, per lo più, alla discrezionalità del giudice) quanto soprattutto alla possibilità di allegazione di fatti ulteriori e diversi» come sostiene F. Criscuolo, *Fatto notorio e rispetto del contraddittorio: decisione salomonica in tema di sangue infetto*, http://www.dannidasangue.it/files/avv-criscuolo_scarica_il_documento.pdf; contra A. De Stefano, *Fatto notorio* (dir. priv.), 16, in *Enc. giur.*, Milano, 1967, secondo il quale il fatto notorio esonererebbe anche dall'onere di affermazione e allegazione.

⁴⁸ Sul punto in maniera critica M. Feola-A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno ingiusto non patrimoniale*, cit., 460 s., dove tale circostanza è definita attraverso il titolo del famoso saggio di G. Giannini, *La vittoria di Pirrone*, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 990 s.

⁴⁹ Cass. s.u. 24-3-2006, n. 6572.

⁵⁰ Cass. 12-6-2006, n. 13546/2006.

parentale la Suprema Corte ha sempre ribadito⁵¹ la possibilità di ricorrere a valutazioni prognostiche, legate anche a massime di esperienza⁵².

Con ogni probabilità, il nodo verrà risolto dalle Sezioni Unite, sollecitate ad intervenire sul punto dall'ordinanza della terza Sezione del 25.02.2008 n. 4712/2008, nella quale i giudici rimettenti pongono la questione di quali siano «in concreto, gli oneri probatori e gli oneri di allegazione posti a carico del danneggiato che, in giudizio, invochi il risarcimento del danno esistenziale» e se siano risarcibili il danno esistenziale quanto il danno morale soggettivo «se (e solo se) di entrambi il danneggiato fornisca la prova (anche mediante allegazioni e presunzioni), non esistendo, nel nostro sottosistema civilistico, "danni in re ipsa"»⁵³.

4. Il profilo forse più interessante della sentenza in epigrafe è rappresentato dal c.d. danno catastrofico, al cui riguardo sono necessarie alcune precisazioni, a partire dalla sua nozione.

Il danno catastrofico, inteso quale sofferenza psichica patita dal soggetto che attende lucidamente la propria morte, trova un valido riscontro a livello medico – legale e psichiatrico nel famoso manuale DMS III⁵⁴, ed una sua compiuta definizione nonché il riconoscimento in una serie di pronunce⁵⁵.

⁵¹ Cass. 15-7-2005, n. 15022 e Cass. 12-6-2006, n. 13546, in particolare in questa si sottolinea come «Pur se anche nell'ambiente familiare è astrattamente possibile che la perdita dello stretto congiunto (coniuge o genitore) possa non determinare conseguenze pregnanti nella sfera soggettiva laddove rimangano garantite quelle economiche, tale conseguenza appare in vero nei normali rapporti di vita familiare assolutamente meno probabile e frequente che non nei rapporti di tipo lavorativo, come quello preso in considerazione da Cass., s. u. 24/3/2006, n. 6572.»

⁵² Vero è che spesso il fatto noto da cui poi si ricava il fatto ignoto, attraverso la presunzione, solitamente è a sua volta fondato su massime d'esperienza, in tal senso. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici* cit., 444.

⁵³ Cass. 25 febbraio 2008, ord. n. 4712, cit.

⁵⁴ Volume pubblicato negli Stati Uniti *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (terza edizione riveduta nel 1987), traduzione italiana *DMS-III R-Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, Milano, 1993.

⁵⁵ Cass. 31-5-2005, n. 11601, Cass. civ. 1-1-2006, n. 517 ed in particolare Cass. 24-1-2001, n. 4783, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 555 con nota di P. Ziviz, *Attesa consapevole della morte e danno psichico*. Significativo per la definizione di tale danno è questo passo della pronuncia in questione «le

Anche in questo caso la configurabilità del danno è stata controversa, e di nuovo si è avvertita la necessità di uno *spatium vivendi*: pur essendo in concreto la tipologia di danno nella quale sembra meno rilevare il c.d. requisito temporale⁵⁶, tuttavia è escluso il risarcimento nel caso di decesso istantaneo.⁵⁷

Nella sentenza Borsellino, di primo acchito, sembrerebbe non porsi il problema del danno catastrofico, data la immediatezza della morte, se non fosse per la motivata richiesta delle parti in merito.

Gli eredi chiedono il risarcimento del danno catastrofico «spettante sempre a titolo ereditario, per la piena consapevolezza da parte del Giudice della prossima morte a partire dall'omicidio del giudice Falcone, circostanza che lo aveva indotto ad allontanarsi dai figli, in modo che soffrissero meno la sua prematura scomparsa». Le circostanze addotte a sostegno sono provate in atti ma il riconoscimento del danno catastrofico risulta impresa ardua per il giudicante.

In realtà la questione è opportunamente spostata sulla tipologia di danno subita dalla vittima e viene altrettanto correttamente riconosciuta quale danno (non patrimoniale o esistenziale che dir si voglia⁵⁸) da lesione del rapporto

lesioni mortali, conducono, secondo la esperienza medico legale e psichiatrica, alla presenza di un danno «catastrofico», per intensità, a carico della psiche del soggetto che attende lucidamente l'estinzione della propria vita (danno considerato dalla psichiatria nordamericana nella scala Dsm III degli eventi psicosociali stressanti, di sesto livello, che è quello più elevato) essenzialmente come «sofferenza» esistenziale e non già come dolore»

⁵⁶Cass. 24-01 2001, n. 4783 invita a riflettere «sulla diversa natura del danno fisico, del soma e delle funzioni vitali, dove l'apprezzamento della durata attiene alla stessa esistenza del danno (come quantum apprezzabile) e del danno psichico, pur esso prodotto da lesioni mortali, come danno catastrofico, la cui intensità può essere apprezzata dalla vittima, pur nel breve intervallo delle residue speranze di vita. Nel danno psichico non è solo il fatto durata a determinare la patologia, ma è la stessa intensità della sofferenza e della disperazione»

Sul requisito dell'apprezzabilità del lasso di tempo, V. Di Gregorio, *Criteri di risarcibilità del danno psichico da morte del congiunto: intervallo temporale e intensità della sofferenza*, in *Danno e resp.*, 9, 2002, 149. e M. Bona, *Sofferenza esistenziale da agonia pre-morte e "loss of life" de iure condendo: il nuovo approccio della Suprema Corte*, in *Danno e resp.*, 2001, 825 s.

⁵⁷ Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte in precedenza.

⁵⁸ Quantunque si ribadisca la difficoltà ad accettare una simile categoria.

parentale, più che quale danno da attesa consapevole della propria morte. Se è vero, infatti, che la sofferenza da consapevole distacco dalla vita, racchiude sicuramente in sé la sofferenza dovuta alla prossima perdita dei legami familiari, potrebbe in concreto non verificarsi tale circostanza. Nel caso in questione non ci sarebbero margini per configurare un danno catastrofico, per varie ordini di ragioni: a) per la totale assenza di *spatium vivendi* dalla lesione alla morte, b) perché volendo risarcire il dolore psichico subito dalla vittima, che si sarebbe trovata a vivere nella consapevole attesa della propria morte, l'evento da cui è scaturita l'attesa sarebbe un avvenimento altro dalla lesione dell'integrità psicofisica con esito letale⁵⁹. È condivisibile dunque la scelta di risarcire tale posta quale danno da perdita parentale⁶⁰ meno la motivazione che parte dall'assunto che il danno lamentato è quello della morte di un parente. Comprensibili le ragioni che sono alla base di tale scelta prima fra tutte la necessità di *reductio ad unum* del danno in questione, sostanzialmente scomponibile nelle sue varie voci nel momento della liquidazione. Resta da capire se il problema sia puramente nominalistico.

L'ascrizione di tale danno all'alveo del danno parentale rappresenta, come si è già anticipato, sicuramente il punto di maggior interesse della sentenza in commento e non solo perché la soluzione, pienamente condivisibile, è propugnata anche da quella parte della dottrina che auspica un riconoscimento di questo danno «quale figura ontologicamente autonoma e assorbente di ogni

⁵⁹ Anche se l'avvenimento morte poteva ben raggiungere un elevatissimo grado di certezza. In questo senso si ricorre per l'accertamento del nesso causale al giudizio *ex ante* o prognosi postuma.

⁶⁰ Trib. Palermo 4 luglio 2007, «Analizzando un momento questo comportamento del giudice Borsellino, si coglie subito che nello stesso momento in cui è un danno per il padre, è anche un danno per i figli, privati dell'affetto del padre, e per la moglie, costretta ad assistere allo strazio interiore del marito. Questo tipo di danno, intimamente legato alla natura relazionale della persona (che sviluppa le sue potenzialità soprattutto, se non esclusivamente, nella sua relazione con gli altri, cfr. artt. 2, 29 e 30 cost.) e che bene è stato definito "esistenziale", nel momento in cui va ad incidere ingiustamente sulla relazione produce l'effetto dannoso su tutti i membri della relazione. Se si valorizza adeguatamente tale aspetto rispetto al soggetto della relazione rimasto in vita, allora, si incorre un'inutile (ed illegittima) duplicazione della stessa voce di danno, tenuto conto del criterio di integrale valutazione del danno alla persona, di cui si è detto».

altro danno da morte⁶¹», ma soprattutto per le ulteriori considerazioni che ne possono scaturire.

Più nel particolare, il danno invocato quale sofferenza catastrofica subita dalla vittima è risarcito quale danno *iure proprio* dei congiunti, in quanto danno alla relazione tra la vittima e i congiunti stessi, consistente nella lesione del progetto di vita al quale entrambe le parti della relazione legittimamente aspiravano. A ben vedere le due situazioni non sono del tutto sovrapponibili. Se per danno parentale si intende la lesione dell'integrità familiare e della solidarietà familiare, qui si va oltre perché viene riconosciuta e risarcita anche la modificazione *in peius*⁶² delle relazioni familiari della vittima nella fase precedente alla commissione dell'illecito, ma pur sempre in qualità di evento eziologicamente collegato ad esso⁶³, sempre che tale modificazione sia determinata dalla lucida e consapevole attesa dell'evento (come appunto nel caso di danno catastrofico). Per attenersi alle due vicende in esame, mentre nel caso del Vice Questore Cassarà la lesione del progetto di vita, correttamente risarcita *sub specie* di danno parentale, ha effetto a partire dall'illecito e si proietta nel futuro, nella vicenda del Giudice Borsellino a tale lesione se ne

⁶¹ D. Chindemi, *Il danno morale catastrofico*, in *Resp. civ. prev.*, 9, 2007, 1855.

⁶² Trib. Palermo 4 luglio 2007, «L'istruttoria espletata ha confermato un punto particolarmente drammatico della vita del giudice Borsellino quando, all'indomani della strage che aveva portato all'uccisione del giudice Falcone (della moglie e dei componenti della sua scorta), aveva deciso di allontanarsi affettivamente dai figli per rendere meno traumatico il momento della sua uccisione, che intuiva essere ormai prossima. Analizzando un momento questo comportamento del giudice Borsellino, si coglie subito che nello stesso momento in cui è un danno per il padre, è anche un danno per i figli, privati dell'affetto del padre, e per la moglie, costretta ad assistere allo strazio interiore del marito».

⁶³ Si parla, per quanto concerne l'accertamento del nesso causale, di giudizio *ex ante* (o della prognosi postuma). Più in particolare, l'inidoneità dell'azione va intesa come assoluta ed originaria inefficienza causale dell'azione posta in essere, rispetto alla produzione dell'evento. L'accertamento di questa inidoneità si fonda su di una prognosi postuma di assoluta impossibilità (non mera improbabilità o possibilità solo in via eccezionale) di produzione dell'evento, ponendosi a base del giudizio *ex ante* tutte le circostanze esistenti al momento della condotta, purché note all'agente o da questi conoscibili. Emblematica in questo senso la situazione speculare al danno catastrofico inteso come sofferenza psichica causata dalla consapevole attesa della propria morte: quella di chi crede di morire e non muore. Si fa riferimento al famoso caso ICMESA, dove in realtà numerose sono state le cause promosse affinché fosse riconosciuto un danno esistenziale e/o morale agli abitanti delle zone colpite dalla nube tossica.

accompagna una seconda che si colloca prima del verificarsi dell'illecito stesso.

I quesiti che tale ricostruzione sollecita sono, dunque, i seguenti: esiste un diritto a non veder compromessa la realizzazione del proprio progetto di vita? L'ingiusta lesione di tale diritto è risarcibile?

Non si tratta, a ben vedere, di riconoscere in capo ad ogni individuo un «diritto alla ricerca della felicità»⁶⁴, inteso quale tentativo di affermare e di sviluppare la propria personalità nei diversi ambiti individuali e sociali; ma qui è piuttosto in questione il diritto di *preservare* la propria situazione affettivo-relazionale, poiché parte del progetto di vita dell'individuo medesimo ossia quello che «costituisce un prioritario interesse a realizzare ciò che la persona ha deciso di essere “nella “ e “con” la sua vita»⁶⁵.

Nel nostro ordinamento è giocoforza il rinvio all'art. 2 Cost., che riconosce e garantisce i inviolabili all'individuo «sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» ma questo potrebbe condurre a conseguenze a dir poco aberranti, se e quando si adottasse una interpretazione per così dire «elastica» dell'articolo in questione, con il risultato di dare il «la» al riconoscimento di ogni tipo di interesse, astrattamente qualificabile quale fondamentale per il singolo individuo⁶⁶. Proprio per questo motivo è opportuno ancora una volta affiancare alla *Grundnorm* espliciti referenti normativi, che diano la misura esatta della rilevanza assunta dall'interesse per l'ordinamento. Nel caso di specie, nulla osta a riconoscere la sussistenza

⁶⁴ Espressamente sancito nella Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America del 1776 «Riteniamo queste verità di per sé evidenti: che tutti gli uomini sono creati uguali, che hanno ricevuto in dote dal Creatore certi inalienabili diritti, che fra questi diritti ci sono la vita, la libertà e la ricerca della felicità».

⁶⁵ C. F. Sassarego, *Il “danno alla libertà fenomenica” o danno al progetto di vita” nello scenario giuridico contemporaneo*, in *Resp. civ.*, 6/2008, 491.

⁶⁶ Si pensi ad esempio al risarcimento richiesto per la morte dell'animale d'affezione v. Cass. 27-6-2007, n. 14846, in *Danno e resp.*, 1/2008, con nota di R. Foffa, *Il danno non patrimoniale per l'uccisione di un animale d'affezione*, 36 s.

dell'ingiusta lesione del diritto alla realizzazione del proprio progetto di vita e alla libera esplicazione della personalità e affettività all'interno della famiglia. Di conseguenza, posto che il danno è tale per tutti i componenti del nucleo e che una parte della relazione non è più in vita, tale danno è correttamente risarcito in capo ai superstiti.

Nella sentenza emerge l'esigenza di unificare sotto una unica voce tutte le conseguenze pregiudizievoli che scaturiscono dalla fattispecie di omicidio doloso, ma il tentativo risulta maldestro nel momento in cui si liquida la questione affermando semplicisticamente che il danno lamentato è quello della morte di un parente⁶⁷.

In conclusione quel che non convince nella sentenza in esame non è il mancato riconoscimento del danno catastrofico in caso di decesso istantaneo né l'impossibilità di configurarlo nella situazione concreta⁶⁸ e neppure il suo assorbimento nel danno *iure proprio* dei congiunti, ma il percorso argomentativo seguito, in riferimento soprattutto al gioco delle poste (o alle poste in gioco): un percorso che appare talmente artificioso da sembrare un mero *escamotage* per non addentrarsi nella motivazione del diniego del danno catastrofico, che poi però sembra riconosciuto ma "sotto mentite spoglie" nella categoria onnicomprensiva del danno parentale⁶⁹.

⁶⁷ A tacer d'altro, pur volendo considerare tale danno come *unicum*, non si capisce perché poi per quanto concerne le altre voci, che invece sono riconosciute, non si premuri il giudicante di ribadire tale concetto.

⁶⁸ Infatti non è smentita in sé la circostanza della sofferenza della vittima, né su questo punto si discute, potendosi per altro configurare una ipotesi vera e propria di danno esistenziale *tout court* o meglio di danno non patrimoniale nella sua accezione ampia non limitata, dunque, al solo danno biologico, ma non di certo una ipotesi di danno catastrofico in senso stretto.

⁶⁹ Così anche Cass. 19-10-2007, n. 21976, nel momento in cui rigetta la richiesta di danno tanatologico in senso stretto: «Una diversa soluzione imporrebbe di rivedere l'intera materia del danno per morte, ivi inclusi i casi esaminati in relazione al primo motivo del ricorso in oggetto, non potendosi certo sommare il cd. danno biologico tanatologico (ove fosse ritenuto risarcibile), con i danni terminali di cui sopra, conseguenti a periodi anche brevi di sopravvivenza: danni la cui liquidazione è palesemente attribuita in considerazione della ritenuta impraticabilità dell'altra e più radicale soluzione»

Completamente diverso il discorso per quanto attiene alla sentenza Cassarà, per le diverse modalità di svolgimento del fatto⁷⁰. La sentenza è successiva alla pronuncia della Cassazione n 4783 del 2001, e ne ripercorre esattamente le motivazioni: «È ovviamente immaginabile ed intuibile l'angoscia e la sofferenza psico-fisica che avranno sicuramente accompagnato, in quegli ultimi momenti della sua vita, l'allora Vice Questore Antonino Cassarà – vittima di un agguato perpetrato con armi da fuoco micidiali, da più persone, all'interno dello stesso stabile in cui viveva, e ferito a morte a poca distanza dalla sua famiglia composta da una giovane donna e da tre bambini, la più piccola dei quali di soli due anni, che in quel momento stesso erano potenzialmente in pericolo -. È altrettanto immaginabile il dolore per le ferite subite, l'umiliazione per quella violenza vile e somministrata improvvisamente ed a tradimento, nonché lo strazio che sicuramente il Vice Questore avrà provato, nell'ultimo disperato tentativo di trarsi in salvo, per il materializzarsi della prospettiva reale e concreta di dovere lasciare la vita ed i propri affetti più cari»⁷¹.

Il tribunale palermitano alla luce della dinamica dell'orrendo attentato e del comportamento della vittima, ma soprattutto dal disperato tentativo di mettersi in salvo e di salvare e proteggere la propria famiglia, riconosce la presenza, pur in un esiguo lasso di tempo, di una sofferenza psicofisica di grado elevatissimo.

⁷⁰ Trib. Palermo 12 novembre 2005 «l'allora Vice Questore Antonino Cassarà era stato raggiunto da raffiche di mitra Kalashnikov all'interno dell'area condominiale dello stabile di via Croce Rossa n. 81 (edificio in cui abitava la vittima). I colpi d'arma da fuoco provenivano dalle finestre dei ballatoi del secondo, del terzo e del quarto piano della scala A del palazzo con ingresso dal civico n. 77 di via Croce Rossa». In particolare, «il gruppo di fuoco era entrato in azione allorché il dott. Cassarà era sceso dall'auto di servizio e si accingeva a percorrere il breve tratto di strada che lo separava dal portone d'ingresso. Le vittime erano state colpite dal simultaneo fuoco di tre fucili mitragliatori Kalashnikov AK 47 calibro 7,62 x 39 pur avendo raggiunto l'interno dell'androne» Da quanto risulta dalla lettura della sentenza in esame, inoltre, il Vice Questore Cassarà, ormai ferito, «nel vano tentativo di mettersi in salvo aveva percorso una rampa della scala condominiale ed era pervenuto al primo pianerottolo, dove poi era stato trovato esanime».

⁷¹ Trib. Palermo 12 novembre 2005.

La Suprema Corte, di recente⁷² ha confermato quanto precedentemente detto e ha riconosciuto la sussistenza dello stesso danno catastrofico, pur in costanza di un brevissimo *spatium vivendi*, insufficiente, di contro, per configurare un danno biologico terminale.

Lo *spatium vivendi* in questione tra la lesione dell'integrità psicofisica e il sopravvenire della morte era solo di due ore e dunque: «Il danno biologico consequenziale alla lesione mortale, come lesione della integrità fisica, riguarda un lasso di tempo troppo breve quantificabile, ancorché si debba ammettere che il relativo credito sia stato potenzialmente conseguito dalla parte lesa mentre era in vita», mentre al contrario il danno catastrofico è riconosciuto quale «lesione della integrità morale della persona, con la stessa valenza costituzionale di inviolabilità, onde la doverosità di una adeguata considerazione ai fini del riconoscimento della posta risarcitoria non patrimoniale e della sua trasmissibilità *iure hereditario*»⁷³. Diversi sono i punti controversi a partire dalla circostanza che la percezione della morte prossima null'altro è che la percezione fisica della lesione gravissima subita alla salute, tale da condurre in breve termine all'esito infausto, e tuttavia questa percezione non costituisce “consolidamento del danno”(e dunque non consente la risarcibilità del danno biologico terminale) ma rende possibile il risarcimento del danno morale terminale.

La soluzione però, per uno strano fenomeno, riesce inevitabilmente a far rientrare dalla finestra ciò che era uscito dalla porta: la lesione morale, nel danno da reato, viene a qualificarsi quale danno evento⁷⁴, qualificazione

⁷²Cass. 22-3-2007, n. 6946.

⁷³ Cass. 22-3-2007, n. 6946.

⁷⁴ Cass. 22-3-2007, n. 6946 «Questa Corte in numerose sentenze ha considerato la particolare valenza del danno morale terminale o dello stesso danno biologico terminale sotto il profilo del danno psichico catastrofico. In questa sede viene in esame solo l'aspetto del danno morale, che è presente nel danno da reato per omicidio colposo, come danno evento, il cui credito matura nel tempo stesso in cui è inferta la lesione mortale».

correttamente esclusa nel caso di danno tanatologico: il danno catastrofico resta danno legato all'intensità della sofferenza⁷⁵ e non alla durata, dunque le conseguenze dannose avrebbero modo di consolidarsi pur in un brevissimo *spatium vivendi*.

5. Il danno tanatologico o danno da morte è espressione usata per indicare almeno due diverse tipologie di danno⁷⁶ causate dal medesimo evento: a) il danno da perdita del diritto alla vita, c.d. danno tanatologico in senso stretto, per meglio dire la lesione dell'integrità fisica con esito letale; b) il danno subito dai familiari della vittima a seguito della morte del congiunto.

Ulteriori due voci sono accostate e a volte assimilate sotto la definizione di danno tanatologico: il danno biologico terminale e il danno catastrofico.

Il danno catastrofico (o morale terminale) è quel danno che si produce in capo alla vittima, consistente nella sofferenza (psichica), provata dal soggetto che attende con lucidità la propria morte.

Il danno biologico terminale è il danno che si produce in capo alla vittima, ove la morte non segua immediatamente alla lesione dell'integrità fisica, ma tra la lesione e la morte sia intercorso un apprezzabile lasso di tempo, necessario affinché il danno possa considerarsi "consolidato", e di conseguenza possa essere trasmesso *iure hereditario*⁷⁷.

⁷⁵ Sulla percezione della sofferenza si pronuncia Cass., 6-10-1994, n. 8177, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1852, secondo la quale il danno non patrimoniale è risarcibile anche se chi lo subisce è in stato di incoscienza. Così anche Cass. 19-10-2007, n. 21976 «Questa Corte ha più volte precisato che il danno biologico, quale lesione dell'interesse costituzionalmente garantito (art. 32 cost.) all'integrità fisica e psichica della persona "è presente ugualmente sia che la vittima abbia coscienza della lesione, sia che non l'abbia" e, quanto al danno morale, che "quel turbamento ingiusto dello stato d'animo che dà luogo al danno comprende anche le sofferenze fisiche e morali sopportate dalla vittima in stato di incoscienza" (Cass. civ. n. 18305/2003, cit., 7 del testo. Nello stesso senso, Cass. civ., Sez. III, 24 maggio 2001 n. 7075; Cass. civ. 6 ottobre 1994 n. 8177)»

⁷⁶ In realtà è discussa la stessa terminologia usata e lontano appare il riconoscimento di tali figure quali tipologie di danno o quali singole voci di una unica tipologia ovvero quella del danno da morte.

⁷⁷ In questo senso da ultima Cass. 17-1-2008, n. 870, e tra le tante Cass. 31-5-2003, n. 8828, cit.; Cass. 13-1-2006, n. 517 e Cass. 22-3-2007, n. 6946.

Il panorama giurisprudenziale, dunque, attualmente è orientato a riconoscere l'autonoma risarcibilità del danno catastrofico e del danno biologico terminale (seppur quest'ultimo sottoposto alla condizione della presenza di un apprezzabile lasso di tempo tra lesione e morte), entrambi trasmissibili *iure hereditario*⁷⁸, ma a negare la possibilità di configurare in capo alla vittima la risarcibilità di un danno tanatologico in sé⁷⁹ (o danno da perdita immediata della vita, danno dunque non necessitante del requisito dello *spatium vivi*, trasmissibile anch'esso *iure hereditario*), salvo però riconoscere e liquidare ai familiari della vittima, *iure proprio*, il danno tanatologico subito per la perdita del congiunto.

Per quanto attiene al danno da morte immediata, il Tribunale palermitano⁸⁰ si allinea agli orientamenti giurisprudenziali maggioritari⁸¹, e coerentemente esclude la possibilità di riconoscere un risarcimento in capo alla vittima, da trasmettere *iure hereditario*, in caso di morte istantanea, senza fare però una riflessione ulteriore circa la possibilità che il diritto in questione possa essere qualificato quale diritto alla vita, sia pure visto sotto l'aspetto risarcitorio del

⁷⁸ Cass 12-11-1999, n. 12756, in *Danno e resp.*, 2000, 995 s.: «Il pregiudizio della salute nell'intervallo di tempo intercorso tra le lesioni e la morte in tanto può dar luogo a risarcimento del danno (trasmissibile agli eredi) in quanto il soggetto sia rimasto in vita per un tempo apprezzabile, che consenta di configurare un'effettiva ripercussione delle lesioni sulla sua complessiva qualità della vita»

⁷⁹ Sulla questione molto controversa del danno da morte la produzione scientifica è stata vastissima, si segnalano per brevità solo alcuni dei contributi: G. Giannini-M. Pogliani, *Il danno da illecito civile. Danno biologico, danno psichico, danno patrimoniale, danno morale, le tabelle liquidative*, Milano, 1997, passim; Giannini, *La vittoria di Pirrone*, cit.; G. Ponzanelli, *La Corte costituzionale ed il danno da morte*, in *Foro it.*, 1994, I, 3297; F.D. Busnelli, *Tre «punti esclamativi», tre «punti interrogativi», un «punto a capo»*, in *Giust. civ.*, 1994, 3029; P. Ziviz, *Danno biologico e morte della vittima: equivoci vecchi e nuovi*, in *Nuova giur. comm.*, 1995, I, 406; M. Bona, *Lesioni mortali e danni tanatologici non pecuniari*, in *Il nuovo danno alla persona*, a cura di PG. Monateri-M. Bona-U. Oliva, Milano, 1999; Id., *Il danno da perdita della vita: osservazioni a sostegno della risarcibilità*, in *Danno e resp.* 1999, 623; Id., *È risarcibile iure successionis la perdita della vita? (una risposta positiva)*, in *Giur. it.* 2000, 1200; E. Navarretta, *Trasmissibilità del danno alla salute e tutela risarcitoria della «vita»*, in *Danno e resp.*, 1997, 41.

⁸⁰ Trib. Palermo 4 luglio 2007.

⁸¹ Tra le tante Corte cost. 27 ottobre 1994, n. 372; Cass. 25-2-2000, n.2134; Cass. 16-6-2003, n. 9620; Cass. 9-3-2004, n. 4754; Cass 10-8-2004, n.15408; Cass. 13-1-2006, n. 517.

“danno da morte”⁸²: «questo giudicante ritiene che nel caso di specie non si possa tener conto del danno da morte subito dal giudice Borsellino, non solo facendo applicazione della giurisprudenza ormai dominante che fa capo l’istantaneità dell’evento (che impedisce di ipotizzare il sorgere nel patrimonio del *de cuius* del diritto al risarcimento del danno da invalidità totale), ma anche perché il danno che si lamenta è proprio quello della morte del parente, che ben può essere adeguatamente valorizzato secondo le tre predette voci di danno non patrimoniale»⁸³.

Il nostro ordinamento riconosce e garantisce il diritto alla vita, quale diritto fondamentale tra i diritti inviolabili, garantiti dalla Costituzione dall’art. 2 Cost. e dalla Costituzione europea in corso di entrata in vigore (art. II-62)⁸⁴, nonché dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’Uomo approvata New York il 10 dicembre 1948, anche se non ne prevede espressamente la tutela⁸⁵.

La tutela aquiliana è stata da sempre negata nel caso di morte immediata, e ciò stante la diversità tra la lesione del bene vita e del bene salute: il danno da morte non solo non può ma non deve essere confuso con il danno alla salute, neanche come espressione della sua massima lesione⁸⁶.

⁸² Sul punto D Chindemi, *Il c.d. danno parentale*, in *Resp. civ. e prev.*, 12, 2006, 2080; Id., *Il danno morale catastrofico*, in *Resp. civ. e prev.*, 9, 2007, 1853 s.

⁸³ Trib. Palermo 4 luglio 2007. Per quanto riguarda il danno catastrofico, sul quale si avrà modo di discutere successivamente, il tribunale palermitano si è pronunciato a favore nella sentenza Cassarà, proprio per la non istantaneità e per le modalità con le quali è avvenuta la morte del Vice Questore.

⁸⁴ Chindemi, *Il c.d. danno parentale*, cit., 2081. Il diritto alla vita è riconosciuto all’art. 3 della Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo « Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona »

⁸⁵ Corte cost. 26 luglio 1979, n. 87, in *Foro it.*, 1979, I, e tra le altre si rinvia a Trib. Massa Carrara, 19 dicembre 1996 «il "diritto alla vita" definito in dottrina "essenziale tra gli elementi essenziali" trova la sua fonte giuridica primaria nell'articolo 2 della Cost. che è norma precettiva al pari se non addirittura con portata maggiore dell'articolo 32 Cost. È proprio la regola generale (art. 12 delle Preleggi) invocata da certa dottrina, che impone di considerare non isolatamente l'art. 32 cost., ma in funzionale collegamento con l'art. 2 cost. che ne costituisce il presupposto logico e giuridico. Infatti in base all'articolo 2 la Repubblica Italiana non solo deve "riconoscere" il diritto inviolabile alla vita (...), ma deve garantirlo».

⁸⁶ In questo senso Cass. 2-4.2001, n. 4783, in *Corr. giur.*, 2001,876; Cass. 10-9-1998, n. 8970, in *Danno e resp.*, 1999, 306; Cass. 14-2-2000, n. 1633, in *Giust. civ. Mass.*, 2000,331; Cass. 17-11-1999, n. 12756, in *Danno e resp.*, 2000, 321; Cass. 29-11-1999, n. 13336, in *Assicuraz.*, 2000, II, 198.

Il danno da morte, infatti nega la sopravvivenza, mentre il danno alla salute, o biologico, la presuppone⁸⁷. A rigor di logica si potrebbe obiettare che il presupposto del diritto alla salute è il diritto alla vita e dunque la protezione del primo bene non può che inserirsi nella più ampia tutela del secondo, costituendo la salute una qualità della vita.

Nello stesso modo l'obiezione secondo la quale non potrebbe essere risarcibile il danno da morte giacché il diritto alla vita è diritto personalissimo ed intrasmissibile, non sembra corretta per due ordini di ragioni: la prima perché non si trasmetterebbe il diritto ma l'obbligazione risarcitoria sorta a favore della vittima, ed in secondo luogo perché lo stesso allora dovrebbe valere per il danno biologico, essendo anche il diritto alla salute intrasmissibile e personalissimo, nel caso in cui il titolare del risarcimento ad esempio muoia nelle more del processo e non in conseguenza della lesione alla salute su cui si controverte, ipotesi che prevede, invece, la risarcibilità a favore degli eredi.

Dopo avere dato conto dei rilievi mossi, in ordine alla distinzione tra bene vita e salute, non si può nascondere come ben altre, in realtà, siano state le argomentazioni che hanno portato la dottrina e la giurisprudenza a negare la possibilità di configurare e risarcire tale categoria di danno.

La prima argomentazione è di ordine logico: non è possibile risarcire il pregiudizio in questione perché con la commissione dell'illecito viene a mancare la figura del danneggiato. E non solo: anche ipotizzando che tale danno si possa astrattamente configurare, in realtà il diritto al risarcimento sarebbe sostanzialmente adespota, venendo a mancare contestualmente il titolare dell'obbligazione risarcitoria ed infatti tale non può essere considerato

⁸⁷ Sicché la lesione dell'integrità fisica con esito letale non potrebbe essere considerata un'ipotesi di danno alla salute in senso proprio, «la quale implica la permanenza in vita del leso con menomazioni invalidanti» Corte cost. 27 ottobre 1994 n. 372, Rel. Mengoni.

la vittima diretta la quale, venendo meno, perde la capacità giuridica⁸⁸. Questa ricostruzione «crassamente naturalistica»⁸⁹ certamente non dà atto della complessità della persona se si analizza la questione in termini di lesione massima del diritto alla salute ma, qualora ci si soffermi invece sulla circostanza della morte istantanea, dunque sulla coincidenza temporale tra la lesione e la morte, coglie perfettamente nel segno, pur non riuscendo a smentire in termini pratici l'affermazione secondo cui è più conveniente uccidere che ferire⁹⁰.

La seconda è di ordine essenzialmente sistematico: non è possibile risarcirlo perché la funzione della responsabilità civile non è di sanzionare il fatto illecito ma il risarcimento avrebbe la funzione di reintegrazione e riparazione di effettivi pregiudizi⁹¹, tanto più in considerazione del fatto che il bene vita non sia sfornito di tutela nel nostro ordinamento, essendo pur sempre presente la tutela offerta dal diritto penale.⁹²

⁸⁸ Le stesse motivazioni, in una circostanza di fatto esattamente speculare a quella in oggetto, sono state alla base di una discussa sentenza della Cassazione 14-7-2006, n. 16123, avente ad oggetto il riconoscimento in capo al nascituro di un diritto a “non nascere se non sano”. Ancor prima di pronunciarsi sulla esistenza o meno nel nostro ordinamento di tale diritto, la Corte Suprema si sofferma su tali considerazioni: «il diritto di “non nascere” sarebbe un diritto adespota (in quanto ai sensi dell’articolo 1 c.c. la capacità giuridica si acquista solamente al momento della nascita) ed inoltre «ipotizzare un diritto del concepito a “non nascere” significherebbe configurare una posizione giuridica con titolare solamente (e in via postuma) in caso di sua violazione, in difetto della quale (per cui non si fa nascere il malformato per rispettare il suo “diritto di non nascere”) essa risulterebbe pertanto sempre priva di titolare, rimanendone conseguentemente l’esercizio definitivamente precluso».

⁸⁹ C. Castronovo, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, 158.

⁹⁰ Castronovo, *Danno biologico*, cit., 160; Id., *La nuova responsabilità* cit., 67, dove l’A., ripercorrendo le argomentazioni dello scritto precedente, ritiene, invece, che la lesione della vita debba essere risarcita anche in caso di morte istantanea.

⁹¹ In questo senso Cass. 20-1-1999, n. 491, «non rilevando in contrario la mancanza di tutela privatistica del diritto alla vita (peraltro protetto con lo strumento della sanzione penale), attesa la funzione non sanzionatoria ma di reintegrazione e riparazione di effettivi pregiudizi svolta dal risarcimento del danno» ma ancora prima Cass. 25-2-1997, n. 1704, «Nel vigente ordinamento il risarcimento non riveste natura di sanzione, né ha carattere di assoluta generalità, bensì svolge la specifica funzione di reintegrare e riparare di effettivi pregiudizi conseguenti a fatti illeciti, sicché può operare solo ove sussistano tali presupposti, e cioè non oltre i limiti strutturali che segnano l’ambito del sistema della responsabilità civile».

⁹² Così Cass. 24-4-1997, n. 3592.

Il rinvio al sistema penalistico⁹³ quale unico in grado di tutelare il bene vita non sembra del tutto convincente. In una pronuncia del 2003⁹⁴ questo sarà ribadito ma v'è da dire che non poche sono state le critiche da parte di coloro i quali riconosciuta la funzione sussidiaria della norma penale, intesa come estrema *ratio*, non abbiano constatato la possibilità di un *vulnus* alla tutela del bene vita, qualora in sede civile non fosse riconosciuto un risarcimento per l'evento morte in sé, al punto da giungere al già citato paradosso: nel nostro ordinamento sarebbe più conveniente uccidere che ferire⁹⁵.

Aspramente criticata è stata anche l'affermazione secondo la quale la natura del bene vita, non consentendo neanche in astratto un risarcimento, né in forma specifica né per equivalente⁹⁶, non possa trovare collocazione nell'ambito della responsabilità civile, proprio per la funzione prevalentemente riparatoria-satisfattiva⁹⁷ del risarcimento dell'illecito aquiliano.

L'argomento in realtà sembra più che probante, anche se presta il fianco ad una serie di rilievi critici, soprattutto qualora si consideri che anche in altri casi di illecito la funzione di riparazione si riduce ad una *fictio iuris* non essendo possibile riparare effettivamente il pregiudizio ma solo ristorare il danneggiato⁹⁸.

⁹³ Corte cost. 27 ottobre 1994, n. 372 cit.

⁹⁴ Cass. 16 maggio 2003 ,n.7632. Nella sentenza citata si afferma che il bene vita «è ampiamente tutelato in sede penale (ex multis, articoli 575 e 589 c.p.) e la sanzione penale è la massima forma di reazione dell'ordinamento ad un illecito».

⁹⁵ In questo senso G. Giannini, *Il danno biologico in caso di morte*, in *Resp. civ. prev.*, 1989, 385; Id., *Il danno alla persona come danno biologico*, Milano, 1986, 128; R. Foffa, *Il danno tanatologico e il danno biologico terminale*, in *Danno e resp.* 2003, 11, 1092, A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale "monocentrica" della responsabilità civile) Parte I*, 17 dove appunto richiama le pagine "intense e appassionante" che Giannini ha dedicato al tema. In generale tutti gli Autori che hanno trattato il tema non hanno potuto non rilevare tale paradosso.

⁹⁶ Dal momento in cui verrebbe a mancare il soggetto che potrebbe giovare di questo tipo di risarcimento, v. Corte cost. 24-10-1994, n. 372 e Cass. 20-1-1999, n. 491.

⁹⁷ Tra le tante Cass. 25-2-1997, n. 1704; Cass. 20-1-1999, n. 491.

⁹⁸ Si pensi poi al caso della lesione dell'onore: nessuna cifra potrà mai compensare il danno subito, ma allo stesso tempo la sanzione pecuniaria può fungere da deterrente oltre che da vera e propria sanzione. Ragionando non tanto in termini di tutela in forma specifica, quanto in quelli di tutela per equivalente, è chiaro come la lesione dell'integrità fisica, che abbia come conseguenza, ad esempio, la

Emblematico in tal senso è il caso del danno derivante dalla circolazione autorizzata dei dati personali⁹⁹, ove le conseguenze del danno causato, danno assistito da rimedi preventivi e risarcitori, non potranno mai dirsi del tutto eliminate. Tutta la materia del danno alla persona è sicuramente influenzata, se non dominata, dalla logica di quantificazione del valore perduto, pur essendo i valori perduti e la situazione compromessa non ripristinabili o riparabili effettivamente giacché non danni meramente patrimoniali¹⁰⁰. Dunque la circostanza che nel caso di specie di *restitutio in integrum* non si possa parlare è argomentazione facilmente superabile sul un piano logico¹⁰¹: entrerebbe in gioco la stessa funzione della responsabilità civile che si occupa non solo di tenere indenne il danneggiato dalle conseguenze dannose di un comportamento altrui, spostando il peso di tale conseguenze su un terzo «fatto responsabile»¹⁰², ma anche di sanzionare il comportamento del danneggiante. La dottrina riconosce la funzione sanzionatoria¹⁰³ del risarcimento, accanto chiaramente a quella reintegrazione e riparazione, tanto più in illeciti

cecità, non potrà mai essere compensata da una somma di denaro. Questo, però, non esclude la validità del rimedio risarcitorio nell'ambito della responsabilità extracontrattuale. Sulla diversa valenza del rimedio risarcitorio nei due tipi di responsabilità v. S. Mazzamuto, *Ancora sul mobbing*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 1373.

⁹⁹ Si rinvia per l'analisi della tematica del danno da circolazione non autorizzata delle informazioni a D. Messinetti, *Modernità, complessità della prassi, e plurismo della nozione giuridica di danno*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 558 s.

¹⁰⁰ Sul punto v. C. Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 3, 2008, 341

¹⁰¹ In questo senso si esprime M. Bona, *Danni tanatologici non pecuniari iure successionis e iure proprio: vecchi e nuovi rompicapi dal risarcimento della perdita della vita al danno esistenziale da uccisione*, nota a Tribunale di Biella 6-2-1998., in *Giur. it.* 1999, 08-09.

¹⁰² Nota formula crociana, B. Croce, *Etica e politica* (Bari, 1945), richiamata da Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, cit.

¹⁰³ Per una ampia trattazione sul punto si veda A. di Majo, *La tutela civile dei diritti*⁴, Milano, 2003, 173 s. ed in particolare per il danno non patrimoniale e il danno da reato v. C. Salvi, *La responsabilità civile*², Milano, 2005, 37 s., 72; per la teorizzazione di una funzione organizzativa della responsabilità civile v. Monateri, *La responsabilità civile*, Torino, 1998.

Sull' art. 2059 c.c. quale espressione di una eccezionale funzione punitiva A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale "monocentrica" della responsabilità civile) Parte I*, cit., 53.

Sul concetto di deterrenza quale strumento attraverso il quale sviare "la funzione riequilibratrice tra valori della responsabilità civile" si rinvia a D. Messinetti, *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio dell'ingiustizia tradito*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 563 s.

particolarmente esecrabili come quelli di cui si tratta. In effetti la funzione del risarcimento del danno non patrimoniale quale potrebbe essere se non anche quella di reprimere i fatti produttivi di danno e dunque fungere da deterrente in un ottica di prevenzione generale¹⁰⁴? Volendo considerare quale prevalente questa funzione nel risarcimento del danno tanatologico (quale *species* di danno non patrimoniale) l'argomento potrebbe essere superato, ma occorrerebbe spostare l'attenzione sul disvalore della condotta.

La sentenza definita «spartiacque»¹⁰⁵ in materia è la pronuncia della Consulta n. 372/1994:¹⁰⁶ Uno dei problemi, sollevati dal Tribunale di Firenze con l'ordinanza di remissione, era quello del riconoscimento del danno biologico da morte¹⁰⁷ che quale massima lesione del bene salute avrebbe dovuto assumere di per sé valore costituzionale. La sentenza si pronuncia nettamente contro la risarcibilità del danno a favore della vittima, in caso di decesso istantaneo e dunque conseguentemente predica la sua intrasmissibilità *iure hereditario*, argomentando ulteriormente che ciò deriva «da un limite strutturale della responsabilità civile: limite 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»¹⁰⁸.

Le stesse sentenze gemelle del 2003 hanno confermato che il danno alla persona ancorché composto da tutte le sue voci, risponda pressoché all'esigenza di occuparsi delle conseguenze del fatto illecito. Nel danno da morte se la lesione appare ontologicamente incontrovertibile il danno in

¹⁰⁴ Sulle funzioni della responsabilità civile, in particolare su quella di evitare la produzione di danni v. G. Ponzanelli, *La responsabilità civile*, Bologna, 1992, 9.

¹⁰⁵ M Caputi, *Tra Pilato e Palisse: il fatto morte e il danno tanatologico*, in *Danno e resp.*, 2003, 11, 1083.

¹⁰⁶ Corte cost. 27 ottobre 1994 n. 372, cit.

¹⁰⁷ E poco forse importava ai giudici fiorentini a quale titolo, se *iure hereditario* o *iure proprio*, così G. Ponzanelli, *La Corte Costituzionale e il danno da morte*, in *Foro it.*, 1994, 3299.

¹⁰⁸ Corte cost. 27 ottobre 1994 n. 372, cit.

quanto perdita effettivamente prodottasi non lo sembra altrettanto, senza tacere poi della circostanza che per la Consulta ammettere il risarcimento del danno da morte istantanea avrebbe necessariamente comportato, il ritorno alla vecchia distinzione tra danno evento e danno conseguenza¹⁰⁹, proprio nel momento in cui si aveva l'obiettivo di meglio specificarla, (se non di confutarla).¹¹⁰

La distinzione in oggetto non è puramente formale ma, come è stato autorevolmente sostenuto¹¹¹, attiene a due diversi modi di atteggiarsi della responsabilità civile.

La dottrina che aderisce ad una teoria monocentrica¹¹² del danno risarcibile, reputando superati i dogmi della teoria differenziale risolve favorevolmente il problema della risarcibilità del danno da morte immediata¹¹³ proprio prendendo le mosse dalla suddetta distinzione.

Il concetto giuridico di evento, così come mutuato dalla dottrina penalistica, è concetto più ristretto di quello usato nel linguaggio comune: non si esaurisce con l'accadimento in sé né d'altra parte si identifica con la condotta

¹⁰⁹ E in effetti si tratterebbe di un danno evento posto che la conseguenza coincide con l'evento stesso.

¹¹⁰ Corte cost. 27 ottobre 1994 n. 372, cit. «Il danno biologico, al pari di ogni altro danno ingiusto, è risarcibile soltanto come pregiudizio effettivamente conseguente a una lesione».

¹¹¹ Castronovo, *La nuova responsabilità civile* cit., 67 : «A questo punto possiamo dire che il danno alla persona ha innescato due visioni della responsabilità civile. L'una, che possiamo dire tradizionale, secondo la quale il danno si risarcisce in quanto conseguenza accertata della lesione, l'altra nella quale la lesione delle situazioni soggettive della persona come persona appaiono in sé meritevoli di risarcimento»

¹¹² Procida Mirabelli di Lauro *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale "monocentrica" della responsabilità civile) Parte I*, cit., 54-55 il quale invita ad «abbandonare l'ermeneutica bipolare, che tenta di individuare la disciplina di ogni singolo danno sulla base di una arbitraria tipizzazione ontologica ispirata al dato imperscrutabile - e comunque non normativo - della patrimonialità o della non patrimonialità della lesione, per fondare l'unitaria tutela delittuale su criteri di tipo strutturale e funzionale, che graduino gli strumenti risarcitori (previsti dagli artt. 2043 o 2059 c.c.) in considerazione delle finalità di *compensation* o satisfattorio-punitivo che le norme in concreto si prefiggono di realizzare».

¹¹³ Procida Mirabelli di Lauro *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale "monocentrica" della responsabilità civile) Parte I*, cit., 53 s. L' A. ritiene che se pure non potesse rientrare la risarcibilità del danno tanatologico nella generale funzione di *compensation* dell'art. 2043 potrebbe senz'altro rientrare nelle maglie dell'art. 2059 e non *ratione materiae* ma in relazione alla funzione sanzionatoria di quest'ultimo.

antigiuridica¹¹⁴. Sotto questo profilo dunque sarebbero eventi omogenei sia la lesione della salute (in senso ampio) sia la morte.

Nella stessa direzione sembra convergere l'art. 5, co 3, l 57/2001, allorquando definisce il danno biologico quale danno risarcibile, indipendentemente dalle conseguenze, ulteriori, derivanti dalla lesione del bene protetto. In realtà la differenza tra il danno da morte e quello biologico, prima che consistere proprio nella possibilità di quantificare la perdita nel biologico attraverso un sistema tabellare, sistema difficilmente attuabile per quanto riguarda il danno da morte, a meno di non attribuire all'evento morte il valore di perdita corrispondente al 100% di invalidità permanente¹¹⁵, risiede proprio nella definizione del primo quale "perdita". Ed è sempre questo il nodo che rimane indissolubile: se infatti è innegabile che la responsabilità civile abbia "il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione" come lo stesso art. 1223 c.c. ci indica, e se è altrettanto assodato che anche per il danno che non sia meramente patrimoniale valga lo stesso principio¹¹⁶, non si comprende come la vittima possa in prima battuta veder liquidata una perdita che in realtà non ha subita. Non si tratterebbe di applicare la teoria differenziale e dunque di mettere a confronto la situazione precedente con quella successiva all'evento dannoso, perché quella successiva, a causa dell'evento, non verrebbe ad esistenza.

¹¹⁴ Procida Mirabelli di Lauro *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale "monocentrica" della responsabilità civile) Parte I*, cit., 20 s.

¹¹⁵ A sostegno della correttezza di tale soluzione Bona, *Danni tanatologici non pecuniari* cit., nt. 34, fa riferimento non solo ad alcune decisioni di merito ma fa notare come la dottrina francese avesse già adottato tale sistema, H. Mazeaud e A. Tunc, *Traité théorique et pratique de responsabilité civile délictuelle et contractuelle*⁵, Paris, 2, 1912. «Tali Autori, a favore del risarcimento della perdita della vita, si esprimono peraltro in questi termini: le dommage est nécessairement subi par la victime avant son décès. Si rapide qu'ait été la mort, il s'est forcément écoulé entre elle et les coups portés au moins un instant de raison. Obligatoirement, les coups ont précédé la mort. Dans cet instant, si bref fût-il, où la victime déjà atteinte n'était pas encore décédée, dans cet instant où son patrimoine existait encore, est née la créance d'indemnité».

¹¹⁶ Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano*, cit., 340, «l'innesto del danno non patrimoniale nelle strutture della responsabilità civile significa l'ascrizione alla logica risarcitoria anche di tale danno, nonostante esso sia di per sé insuscettibile della liquidazione per equivalente».

Le considerazioni fin qui svolte vanno ad ampliare l'ambito della riflessione nel momento in cui non ci si arresti alle considerazioni sulla funzione risarcitoria ma si vada ad osservare la questione attraverso la spècola dell'ingiustizia del danno¹¹⁷.

Allora si potrebbe, invero, affermare che il fondamento della non risarcibilità del danno da morte immediata sia esclusivamente di ordine sistematico e prescindendo dalla funzione che si voglia attribuire al risarcimento del danno, ma, piuttosto, com'è stato chiarito da autorevole dottrina, attiene alla definizione stessa del sintagma danno ingiusto e alle diverse conseguenze che da tale definizione possano scaturire.

Una prima lettura è quella della pronuncia n. 372, la quale, interpretando il sistema aquiliano, con maggiore fedeltà al volere del Legislatore, autonomizza l'ingiustizia dal danno¹¹⁸: non tutte le lesioni *contra ius* per di se stesse debbono condurre ad un esito risarcitorio ma solo quelle che abbiano prodotto in effetti un danno¹¹⁹ inteso come perdita, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 2043, norma di fattispecie¹²⁰, nella quale sono indicati i criteri di selezione che l'ordinamento richiede affinché il danno debba essere risarcito. Di tali criteri

¹¹⁷ Sull'ingiustizia del danno intesa quale clausola generale si rinvia Rodotà, *Il problema della responsabilità* passim; *contra* Castronovo, *La nuova responsabilità* cit, 202 s.; Id., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e resp.*, 5/2004, 47; sulla qualificazione di essa quale norma generale v. C. Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 79 s., e M. Barcellona, *Sulla struttura formale del giudizio di responsabilità*, Milano, 1984, 111 s. Sulla definizione di clausola generale quale «tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto» e della norma generale quale «tecnica di conformazione della fattispecie legale opposta al metodo casistico» v. L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 9-10.

¹¹⁸ Castronovo, *La nuova responsabilità*, cit., 65.

¹¹⁹ Castronovo, op. cit., 69, dove l'A. afferma che nel nostro ordinamento «il diritto leso non è un surrogato del danno che non c'è ma il fondamento di rilevanza del danno, il quale ottiene il risarcimento soltanto in quanto ingiusto cioè conseguenza della lesione di una situazione soggettiva». Sull'ingiustizia del danno ma in generale sul giudizio di responsabilità M. Barcellona, *Struttura della responsabilità e «ingiustizia» del danno*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 439 s., 443 s.

¹²⁰ In questo senso C. Castronovo, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 130, «l'art. 2043 è norma di fattispecie e non di disciplina del risarcimento del danno (l'art. 2056 rinvia a tale ultimo fine agli artt. 1223, 1226, 1227 c.c.)».

uno attinente al bene, che deve essere riconosciuto e tutelato, l'altro alle conseguenze della lesione del bene¹²¹.

L'altra lettura possibile è quella offerta dalla sentenza n. 184/86, per la quale il sintagma danno ingiusto costituirebbe un *unicum* e dunque fa coincidere il danno con la lesione¹²², e addirittura arriva a reputare non necessaria la prova del danno essendo il danno in questione *in re ipsa*¹²³: l'offesa al bene tutelato costituisce di per sé danno ingiusto.

La soluzione intermedia è quella autorevolmente sostenuta da chi teorizza nell'ambito del danno biologico la coincidenza della prova del danno con la consistenza del danno stesso: «Se infatti il danno alla salute è costituito da una menomazione psico-fisica, la prova di questa è in pari tempo prova della misura nella quale la salute ha subito una diminuzione»¹²⁴. Lo stesso Autore

¹²¹ Così e più nello specifico sul rapporto tra ingiustizia del danno e antigiuridicità si rinvia a Castronovo, *La nuova responsabilità*, cit., 18, 21 s., dove l'A. esclude che l'antigiuridicità implichi l'insorgenza dell'obbligazione risarcitoria e a F. Piraino, «Ingiustizia del danno » e antigiuridicità, in *Europa dir. Priv.*, 2005, 715 «l'antigiuridicità dell'azione non implica di per sé l'insorgenza dell'obbligazione risarcitoria che è subordinata piuttosto al prodursi di un danno cui solo, peraltro, l'art. 2043 c.c. collega il requisito dell'ingiustizia». Sulla antigiuridicità quale criterio di selezione dei danni risarcibili Messinetti, *Pluralismo dei modelli risarcitori*, cit., 565.

¹²² A tale proposito entra in gioco la nozione di «danno normativo», ossia il danno che si identifica non già con la perdita subita ma con la lesione di un interesse giuridicamente protetto, sul punto D. Messinetti, *Danno giuridico* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, Aggiornamento 1997, 469; Id, *Pluralismo dei modelli risarcitori* cit., 555. Favorevole a questo approccio Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale "monocentrica" della responsabilità civile) Parte I* cit., 20. il quale accoglie con favore la pronuncia di Cass. 7-6-2000, n. 7713 la quale afferma che «qualsiasi lesione dei diritti della persona umana, in quanto collocati al vertice dei valori costituzionalmente garantiti, vada incontro alla sanzione risarcitoria per il fatto in sé della lesione (danno evento) indipendentemente dalle eventuali ricadute patrimoniali che la stessa possa comportare (danno conseguenza)».

¹²³ Certo è che la questione del danno *in re ipsa*, se mai potesse trovare posto nel nostro sistema di responsabilità civile, è stata poi risolta nel caso del danno da uccisione (danno *iure proprio* dei familiari) in maniera non soddisfacente o perlomeno è stata affrontata in maniera a dir poco confusa. In materia di rapporto di lavoro la Cassazione nella sentenza s.u. 24-3-2006, n. 6572, si è pronunciata proprio contro tale ricostruzione escludendo che la lesione dei diritti della persona costituzionalmente garantiti costituisca danno *in re ipsa*, ossia non necessiti della prova del danno subito. Così Castronovo, *Danno biologico*, cit., 248 e S. Mazzamuto, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Europa .dir. priv.*, 2003, 665.

¹²⁴ Castronovo, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, cit., 133-134; tutto ciò vale a maggior ragione per la lesione del bene vita «Ancora di più, nell'offesa alla quale segue la morte, la lesione della vita come tale obbliga al risarcimento, analogamente alla lesione della salute, ma il risarcimento parte da un valore-base quando la morte segue istantaneamente, e si accresce quanto più il momento della morte, quando questa si debba collegare causalmente al fatto imputabile a taluno, segue a distanza di tempo, con un incremento proporzionale alla durata della malattia conseguente all'offesa».

però mette in guardia riguardo alla difficoltà di estendere tale ricostruzione al di fuori dell'ambito del danno biologico e in riferimento ai diritti della personalità «qui a prendere sul serio l'idea del danno che non ha bisogno di prova ai fini del risarcimento, si arriva a un'alternativa: o si teorizza ancora una volta l'identità del danno con la lesione ovvero si dice che la prova del danno non è dovuta perché non è possibile».¹²⁵

In ultima analisi l'unica via per poter astrattamente configurare un danno da perdita della vita immediata in capo alla vittima rimane quella di utilizzare qual criterio di selezione il disvalore della condotta e di dare al risarcimento una funzione pressoché punitiva o almeno deterrente.

Nell'ordinamento tedesco l'antigiuridicità della condotta assurge ad elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità aquiliana (*widerrechtlich*)¹²⁶, in un sistema nel quale altro elemento costitutivo è rappresentato dalla violazione di diritti espressamente garantiti dalla legge, così anche l'ordinamento francese pur non menzionando il requisito della antigiuridicità utilizza quale strumento di selezione dei fatti dannosi rilevanti la *faute*¹²⁷, ossia la colpa, spostando anch'esso l'attenzione sulla condotta del danneggiante, piuttosto che sulle conseguenze dannose che il fatto ha comportato al danneggiato. Il nostro art. 2043 non consente questo, rimanendo l'ingiustizia l'unico criterio di selezione dei fatti dannosi rilevanti, non necessitando, dunque, il giudizio di responsabilità del requisito dell'antigiuridicità, se non avuto riguardo all'esonero dalla responsabilità, ove l'azione lesiva sia sorretta da una causa esimente¹²⁸.

¹²⁵ Castronovo, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, cit., 138.

¹²⁶ §823 BGB. Si rinvia sul punto a Castronovo, *La nuova responsabilità*, cit., 17 s., e a Piraino, *Ingiustizia del danno*, cit., 704 s.

¹²⁷ Si fa riferimento all'art. 1382 Code civil. «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer».

¹²⁸ Piraino, *Ingiustizia del danno*, cit., 754.

Spostare l'attenzione sul disvalore della condotta equivale ad accentuare nel risarcimento la funzione punitiva con esiti nuovi nel nostro ordinamento e comunque esclusi ancora una volta da una recente pronuncia della Suprema Corte¹²⁹, nell'occasione chiamata a delibare una sentenza di condanna statunitense avente ad oggetto il risarcimento dei c.d. danni punitivi¹³⁰.

Le argomentazioni in base alle quali si esclude la funzione punitiva del risarcimento sono sempre le medesime: «Nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. E ciò vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale, per il cui risarcimento, proprio perché non possono ad esso riconoscersi finalità punitive, non solo sono irrilevanti lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale

¹²⁹ Cass. 19-1-07, n. 1183, in *Europa. dir. Priv.*, 4/2007 con nota di G. Spoto, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*; in *Foro it.*, 2007, con nota di G. Ponzanelli. *Danni punitivi: no grazie*, 146; in *Corr. giur.*, 4/2007, con nota di P. Fava, *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*. In questa ultima pronuncia la Suprema Corte sembra proprio escludere la configurabilità di tali danni nel nostro ordinamento. In particolare la Corte opera un chiaro distinguo tra la funzione dei *punitive damages* e quella invece del risarcimento del danno morale «Del pari errata è da ritenersi qualsiasi identificazione o anche solo parziale equiparazione del risarcimento del danno morale con l'istituto statunitense dei danni punitivi. Il danno morale corrisponde ad una lesione subita dal danneggiato e ad essa è ragguagliato l'ammontare del risarcimento. Nell'ipotesi del danno morale, infatti, l'accento è posto sulla sfera del danneggiato e non del danneggiante: la finalità perseguita è soprattutto quella di reintegrare la lesione, mentre nel caso dei *punitive damages*, come si è visto, non c'è alcuna corrispondenza tra l'ammontare del risarcimento e il danno effettivamente subito».

Sui *punitive damages* nel nostro ordinamento si rinvia a G. Ponzanelli, *I punitive damages nell'esperienza nord americana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 435; PG. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, passim; F.D. Busnelli-S. Patti, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 1997, passim; Gallo, *Pene Private e nell'ordinamento italiano: un approccio comparatista ai «punitive damages» di «common law»*, in *Giur. it.*, 1985.

¹³⁰ In questo senso si esprime Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale "monocentrica" della responsabilità civile) Parte II*, cit., 219 s.

dell'obbligato, ma occorre altresì la prova dell'esistenza della sofferenza determinata dall'illecito»¹³¹.

Ritenendosi impraticabile qualsiasi strada fin qui esaminata non rimane altra via che modificare la struttura della responsabilità civile riconoscendo quella funzione definita costituzionale¹³², via praticabile per il solo legislatore e non di certo per l'interprete¹³³.

Nonostante la Cassazione abbia sempre (o quasi sempre) negato il risarcimento *iure hereditario* in caso di morte istantanea, parte della dottrina¹³⁴ e larga parte della giurisprudenza di merito¹³⁵ hanno nel tempo continuato a rivendicarne il riconoscimento sulla base delle argomentazioni che si è cercato di confutare.

Nel quadro della giurisprudenza della Suprema Corte, l'unica voce fuori dal coro proviene dalla pronuncia della III Sezione del 12 luglio 2006, n. 15760¹³⁶,

¹³¹ Cass.19-1-07, n. 1183. Sul irricevibilità del risarcimento punitivo nel nostro ordinamento v. Castronovo, *Del non risarcibile danno aquiliano*, cit., 340 s.

¹³² Castronovo, *La nuova responsabilità*, cit., 69 s., il quale appunto definisce la stessa funzione quale quella «di riconoscimento e tutela dei diritti», diversa dunque da quella svolta dal sistema delineato dal nostro art. 2043 nel quale vero fulcro non è il diritto ma il danno in quanto ingiusto, ossia lesivo di una situazione giuridica soggettiva.

¹³³ La funzione costituzionale della responsabilità potrebbe essere attuata attraverso una modifica dell'art. 2043. Altra cosa è la costituzionalizzazione del diritto, in questo caso alla vita. Posto che di esso, per quanto già illustrato non vi sarebbe necessità, in ogni caso la garanzia costituzionale dell'interesse non coincide con la tutela incondizionata dello stesso, v. sul punto C. Scognamiglio, *Ingiustizia del danno* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 1996, 14.

¹³⁴ In particolare PG. Monateri, *La Babele delle vittime di rimbalzo: i limiti strutturali dell'illecito e il "lavoro del lutto"*, <http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/Torts/Monateri-1995/17.html> (voce danno alla persona aggiornamento 1986), il quale facendo riferimento alla pronuncia del Trib. Firenze 18 novembre 1991, in *Arch. giur. circolaz.*, 1992, 39) afferma che « Il decesso per quanto ravvicinato all'evento lesione non può che porsi ontologicamente, prima che temporalmente, fra le conseguenze del fatto. In parole povere, ma con estremo rispetto della coerenza funzionale, non può convenire uccidere una persona piuttosto che renderla inferma».

¹³⁵ Si tratta per lo più di casi inerenti a RCA:Trib. Treviso 5 marzo 1992, in *Riv. circolaz. trasp.*, 1992, 692; Tribunale Treviso 26 marzo 1992, in *Arch. giur. Circolaz.*, 1992, 669; Tribunale Napoli 6 febbraio 1991, in *Assicuraz.* 1991, II, 145.; Tribunale Genova, 5 giugno 1992, *Assicuraz.*, 1992

¹³⁶ Cass.12-7-2006, n. 15760 « La dottrina italiana ed europea che riconoscono la tutela civile del diritto fondamentale della vita, premono per il riconoscimento della lesione come momento costitutivo di un diritto di credito che entra istantaneamente come corrispettivo del danno ingiusto al momento della lesione mortale, senza che rilevi la distinzione tra evento di morte mediata o immediata. La certezza della morte, secondo le leggi nazionali ed europee è a prova scientifica, ed attiene alla distruzione delle cellule cerebrali e viene verificata attraverso tecniche raffinate che verificano la cessazione della attività elettrica di tali cellule. La morte cerebrale non è mai immediata, con due eccezioni: la decapitazione o lo

che con un *obiter dictum* ha riconosciuto la risarcibilità del danno tanatologico in senso stretto. Se indubbiamente ciò ha contribuito a riaccendere un dibattito mai del tutto sopito, ha avuto quale ulteriore e importante conseguenza che, nella caustica ordinanza di rimessione¹³⁷, la questione del riconoscimento del danno tanatologico fosse uno degli enigmi di cui la terza Sezione stessa (la Sfinge) ha investito le Sezioni Unite (Edipo). Non rimane che attendere per scoprire quale soluzione sarà data all'Enigma.

Ai problemi sinora sollevati e sostanzialmente di ostacolo alla configurazione del danno tanatologico c.d. *iure hereditario* la Suprema Corte dovrebbe fornire una convincente risposta, se davvero volesse riconoscere la risarcibilità del c.d. danno da morte immediata.

Lo scenario muta radicalmente qualora la domanda non verta sul risarcimento del danno da morte immediata ma di quello biologico terminale (nelle sue due accezioni di danno biologico terminale e morale terminale, c.d. catastrofico), che si distingue dal primo per la necessaria presenza del «requisito temporale».

Se non è possibile in linea di massima riconoscere il danno da morte in sé, è possibile una diversa «via»: il danno diventa rilevante e risarcibile qualora tra la lesione mortale e l'esito sia intercorso un apprezzabile lasso di tempo¹³⁸.

spappolamento del cervello. In questo quadro anche il danno da morte, come danno ingiusto da illecito, è trasferibile *mortis causa*, facendo parte del credito del defunto verso il danneggiante ed i suoi solidali»

¹³⁷ Cass. 25-2-2008, n. 4712 «Quid iuris, ancora, in ordine a quella peculiare categoria di danno cd. "tanatologico" (o da morte immediata), la cui risarcibilità è stata costantemente esclusa dalla giurisprudenza tanto costituzionale quanto di legittimità, ma che pare aver ricevuto un primo, espresso riconoscimento, sia pur a livello di mero *obiter dictum*, con la sentenza n. 15760 del 2006 della III sezione di questa corte?»

¹³⁸ Contra il *discrimen* tra morte immediata e morte sopravvenuta dopo un apprezzabile lasso di tempo Monateri, *La Babele delle vittime di rimbalzo*, cit., passim, il quale in riferimento alla presunta aporia in cui si potrebbe incorrere fondando il riconoscimento sul c.d. requisito temporale afferma che «Così con due paradossi si risolve un problema: se la morte non è istantanea, il diritto sorge immediatamente, se la morte è istantanea invece il diritto non ce la fa a sorgere, perché in quel caso evidentemente non sorge in modo istantaneo. Peraltro come in Cristo albergavano due volontà, che però sempre coincidevano, così pure nella lesione alla persona albergano due diritti: uno alla salute che è personalissimo e non si trasmette, ed uno al risarcimento della salute lesa, che è patrimoniale e si trasmette. Così come l'anima impiega un certo tempo a entrare nel feto, il diritto al risarcimento degli

Solo in questo caso è possibile che la vittima patisca un danno «biologico terminale » e il tempo richiesto è quello necessario affinché tale danno possa consolidarsi nel patrimonio del defunto per poi essere trasmesso. Coerentemente con la sentenza n. 372/94, tutte le sentenze fanno riferimento al maturarsi di un credito in capo alla vittima ed escludono che con la morte istantanea questo credito possa in alcun modo maturare¹³⁹, perdendo il soggetto, nel medesimo istante in cui acquista il diritto, la capacità giuridica, ma soprattutto perché la lesione del diritto coincide, a livello temporale, con il danno. Stupisce, come pur spendendo energie la Suprema Corte nel calcolo del tempo idoneo ad aver rilevanza giuridica, nell'illusoria speranza di evitare «possibili discriminazioni fra le varie posizioni risarcitorie¹⁴⁰», non giunga forse all'ovvia considerazione che tra la lesione e la morte naturalisticamente parlando vi è sempre una frazione impercettibile.

Ma forse è la percezione delle conseguenze della lesione che conta, perché è certo che dal punto di vista naturalistico di aspettativa di vita non si possa parlare (salvo poi introdurre tale criterio nella fase di liquidazione del danno). In ultima analisi è la lesione non naturalisticamente avvenuta ma patita alla propria integrità fisica a rilevare, quale conseguenza dell'evento dannoso.

eredi impiega un certo tempo a distaccarsi dal moribondo e non perire con lui nella tomba: tre giorni sono sufficienti a risorgere, ma sette giorni non bastano a trasmettere il diritto (Tribunale Ancona 24 maggio 1991, in *Riv. circolaz. Trasp.*, 1992, 312 »).

¹³⁹ Dubitando in partenza sulla circostanza che «un diritto di risarcimento sia effettivamente entrato nel patrimonio del defunto» Corte cost. 24-10-1994, n. 372. Nel senso del riconoscimento di tale danno quale consolidato v. Cass. 19-10-2007, n. 21976 «non si può escludere che le lesioni sussistano e siano da ritenere consolidate - per usare i termini del giudice di appello - quando ad esse segua addirittura la morte, a più o meno breve distanza di tempo. In tal caso "il danneggiato acquisisce il diritto al risarcimento del danno biologico subito per l'effettiva durata della sua sopravvivenza e si tratta di un danno alla salute, che se pure è temporaneo, è massimo nella sua entità ed intensità (cd. danno biologico terminale)" (Cass. civ., n. 18305/2003 cit., 5; Cass. civ. 16 maggio 2003 n. 7632)».

¹⁴⁰ Cass. 19-10-2007, n. 21976.

6. La lunga marcia del danno non patrimoniale¹⁴¹ non sembra essere ancora terminata, e forse a ragione, né mai si arresterà giacché il tema è destinato a subire una costante opera di adeguamento.

In questo percorso, però, visto il delicato ambito in cui il giurista opera, a volte sembrerebbe opportuno segnare dei punti fermi, consapevoli del fatto che il dibattito dottrinario, riguardo il tema in oggetto, troppo spesso sia entrato distorto, nelle aule di giustizia.

La Suprema Corte, nell'ordinanza più volte citata, fa riferimento alle numerose energie "sprecate" dalle opposte fazioni nella strenua difesa delle proprie posizioni, «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"», energie che potevano, a suo avviso, essere indirizzate nell'ulteriore sviluppo di tale figura che «rappresenta 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»¹⁴². La stessa terza Sezione non si avvede però, che non si è dinnanzi a «preconcetti» o all'evocazione dell'«idea kantiana di giudizio analitico a priori», quanto piuttosto alla contrapposizione tra diversi modi di concepire la responsabilità civile, che è poi dialettica delle argomentazioni in cui, in definitiva, dovrebbe tradursi ogni serio discorso scientifico.

Con questa consapevolezza si attende la risposta delle Sezioni Unite, alla richiesta di intervento della terza Sezione, «intervento d'altronde, sempre più intensamente auspicato in tutti gli ambienti (forensi, dottrinari, giurisprudenziali) degli attuali operatori del diritto, onde fornire definitiva

¹⁴¹Tale espressione è di F.D. Busnelli, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di cassazione e il danno alla persona*, cit., 826.

¹⁴²Cass. 25.02. 2008, ord., n. 4712, cit.

risposta ai molteplici quesiti che il tema del danno non patrimoniale tuttora pone»¹⁴³.

Non rimane forse che replicare, citando un noto aforisma di Kafka, «Da un certo punto in avanti non c'è più modo di tornare indietro. E' quello il punto al quale si deve arrivare».

¹⁴³ Cass. 25.02. 2008 ord. n. 4712, cit.