

Danno esistenziale: adesione, iconoclastia od εποχή ?

Dr. Marco Rossetti*

1. Premessa.

Un recente convegno milanese, dedicato alla responsabilità civile del medico¹, ha rappresentato l'occasione per una *mise à point* della nuova figura del "danno esistenziale". Ormai, ad oltre otto anni di distanza dall'apparizione dei primi scritti in cui si delineava la configurabilità del tipo di danno in esame², e nel clima di crescente interesse suscitato da questa nozione³, qualsiasi giurista (teorico o pratico che sia) non può più sottrarsi all'obbligo di provare a collazionare le contrapposte ragioni dei sostenitori e dei detrattori della nuova figura. Il suddetto arco di tempo ha infatti consentito di far sedimentare le opinioni, di confrontarle, di compararle con i *responsa* della giurisprudenza, di elaborare *exceptiones* e *replicationes*, sicché è oggi disponibile una apprezzabile quantità di materiale per avviare la riflessione. E, a questo riguardo, una prima considerazione appare d'obbligo: non è più possibile, ormai, parlare del danno esistenziale come di una "figura emergente": la quantità di studi ad esso dedicati; la quantità di pronunce in cui i sostenitori della nuova figura hanno ravvisato (od hanno ritenuto di ravvisare) conferma delle proprie teorie; la quantità di dibattiti da essa suscitati; la esistenza di un disegno di legge governativo per la riforma dell'art. 2059 c.c., non consentono di fare riferimento al danno esistenziale come ad una nozione in via di consolidamento: tale figura, nei suoi presupposti teorici e nel suo ambito di applicazione è ormai compiutamente definita. Altra cosa, ovviamente, è verificarne la condivisibilità teorica e l'utilità pratica. A questa verifica il presente scritto, lungi da qualsiasi pretesa di completezza, vuole fornire unicamente un contributo in chiave dialettica.

2. La nozione di danno esistenziale.

In base a quella che può ritenersi oggi la più compiuta formulazione, il danno esistenziale è una figura destinata ad un duplice compito, sostitutivo e riempitivo. Il danno esistenziale dovrebbe infatti, da un lato, prendere il posto di tutte le categorie di danno non patrimoniale risarcibile ex art. 2043 c.c., e prima fra tutte quella di danno biologico. Il danno esistenziale, quale categoria unica ed unificante dei danni non patrimoniali diversi da quelli morali, fagociterebbe così (semplificando i giudizi e conferendo maggiore chiarezza all'ordinamento) il danno biologico, quello alla vita di relazione, quello alla serenità familiare, alla vita sessuale, eccetera⁴ (ma deve subito avvertirsi che, secondo

* Magistrato, Assistente di studio presso la Corte Costituzionale, Roma

¹ Il convegno, dal titolo *Sub iudice*, è stato organizzato dall'associazione medico-giuridica "Melchiorre Gioia", e si è svolto a Milano il 5 e 6 novembre 1999. Ad esso hanno partecipato alcuni degli autori che più si sono occupati di responsabilità civile in generale e di danno esistenziale in particolare, tra cui i professori Paolo Cendon, Pier Giorgio Monateri, Vincenzo Zeno-Zencovich, la dott.ssa Patrizia Ziviz.

² Il riferimento più risalente che sono riuscito a rinvenire è in Cendon-Gaudino-Ziviz, *Responsabilità civile*, segnatamente il § 18, dal significativo titolo *Il danno esistenziale derivante dalla lesione dei diritti della personalità*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1991, 1005.

³ Interesse chiaramente dimostrato dalla grande risonanza avuta dal convegno triestino sul danno esistenziale, svoltosi il 13 e 14 novembre 1998. Per un rapido resoconto dei lavori congressuali si veda Pedrazzi, *Il danno esistenziale: Trieste, 13-14 novembre 1998*, in *Danno e resp.*, 1999, 348.

⁴ Ziviz, *Alla scoperta dal danno esistenziale*, in *Contr. e impresa*, 1994, 864-865.

altra prospettazione, il danno esistenziale andrebbe ad affiancarsi, e non a sostituirsi, a quello biologico⁵).

La nozione di danno esistenziale dovrebbe poi assolvere la funzione di riempire uno spazio vuoto, ovvero un'intera area di danni attualmente privi di tutela risarcitoria. Si osserva, in particolare, che il nostro sistema risarcitorio è, attualmente, fondato sulla tricotomia danno biologico-danno morale-danno patrimoniale.

Il danno biologico (*recte*, la lesione della salute conseguente ad un danno biologico) costituisce un peggioramento della qualità della vita del danneggiato, peggioramento causalmente dovuto ad una lesione *in corpore* (intendendo per tale, beninteso, anche la compromissione dell'integrità psichica). Il danno morale costituisce una mera sofferenza morale, una prostrazione dell'animo, un abbattimento dello spirito. Il danno patrimoniale, infine, costituisce una *deminutio patrimonii*. Questi tre tipi di danno, tuttavia, non coprirebbero l'intera gamma dei pregiudizi che il danneggiato può risentire in conseguenza dell'altrui atto illecito. Se infatti questo non integra gli estremi di alcun reato, non ha causato una riduzione delle entrate o del patrimonio, non ha causato una compromissione dell'integrità psicofisica, parrebbe non sussistere alcuna ipotesi di danno. In realtà così non è, in quanto sono assai frequenti le ipotesi in cui l'atto illecito del terzo, pur non incidendo né sulla salute, né sul patrimonio della vittima, gli preclude lo svolgimento di attività non remunerative, sino ad allora abituali, le quali costituivano fonte di gratificazione soggettiva per il danneggiato. In questa perdita risiede la *quidditas* del danno esistenziale, che può essere perciò definito come la forzosa rinuncia allo svolgimento di attività non remunerative, fonte di compiacimento o benessere per il danneggiato, perdita non causata da una compromissione dell'integrità psicofisica⁶.

Il danno esistenziale si differenzerebbe quindi dai tre consueti tipi di danno: da quello biologico, in quanto esiste a prescindere da una lesione della psiche o del corpo; da quello morale, in quanto esso non consiste in una sofferenza (la quale, ovviamente, può essere indotta dal danno, ma non si identifica con esso), ma nella rinuncia ad un'attività concreta; da quello patrimoniale, in quanto esso può sussistere a prescindere da qualsiasi compromissione del patrimonio. È stato icasticamente osservato, a questo riguardo, che il danno morale si identifica con "le lacrime", il danno esistenziale si identifica in una "rinuncia al fare"⁷. Così, ad esempio, la veglia forzosa indotta dagli strepiti di un vicino rumoroso, sarebbe irrisarcibile se non si facesse ricorso alla nozione di danno esistenziale, a meno che i suddetti strepiti non integrino gli estremi della contravvenzione di disturbo alle occupazioni od al riposo delle persone (art. 659 c.p.). In assenza degli elementi oggettivi di tale reato, si dovrebbe pervenire alla paradossale conclusione che restare desti a causa di un vicino scostumato non costituisce un danno risarcibile, a meno che non si dimostri l'esistenza d'una lesione della salute (dimostrazione, ovviamente, assai malagevole, od addirittura impossibile). È in casi come questi (ma gli esempi, ovviamente, potrebbero essere infiniti) che la nozione di danno esistenziale dimostrerebbe non solo la sua validità, ma anche la sua necessità, al fine di apprestare adeguata tutela ad interessi non patrimoniali altrimenti irrisarcibili.

Il danno esistenziale viene dunque configurato come un pregiudizio areddituale (in quanto il relativo risarcimento prescinde del tutto dal reddito del danneggiato), non patrimoniale (in quanto non ha ad oggetto la lesione di beni od interessi patrimoniali), ten-

⁵ Così Monateri, *Alle soglie di una nuova categoria risarcitoria: il danno esistenziale*, in *Danno e resp.* 1999, 8.

⁶ Cendon, *Non di sola salute vive l'uomo*, in *Studi Rescigno*, V, Milano 1999, 138-139.

⁷ Cendon, *op. ult. cit.*, 139.

denzialmente omnicomprensivo, in quanto qualsiasi privazione, qualsiasi lesione di attività essenziali del danneggiato può dar luogo a risarcimento.

3. Il fondamento normativo del danno esistenziale.

I sostenitori della nozione di danno esistenziale sottolineano, in primo luogo, come la nuova figura non cozzò contro il disposto dell'art. 2059 c.c.. Occorre infatti prendere atto che la rigida dicotomia tra danno patrimoniale e danno morale, voluta dal legislatore del 1942 ed incentrata sugli artt. 2043-2059 c.c., è definitivamente entrata in crisi con l'emersione della nozione di danno biologico: di un danno, cioè, tipicamente non patrimoniale, ma ritenuto risarcibile e sottratto all'ambito di applicabilità dell'art. 2059 c.c.⁸. Come noto, la risarcibilità del danno biologico è stata fondata dalla giurisprudenza (la quale lo ritiene un danno non patrimoniale⁹) sul combinato disposto degli artt. 32 cost. e 2043 c.c., inteso quest'ultimo come "norma in bianco", suscettibile di essere di volta in volta riempita di contenuti in base ai precetti costituzionali. Questa operazione ermeneutica dimostrerebbe pertanto che non esiste una irrisarcibilità assoluta dei danni non patrimoniali non causati da reato. Insomma, il diritto vivente per come elaborato dalla giurisprudenza costituzionale e da quella di legittimità ha sempre di più eroso l'ambito di applicazione dell'art. 2059 c.c., sicché occorre prendere atto che esiste oggi non una, ma molteplici categorie di danni non patrimoniali: di queste, sono soggette alla limitazione di cui all'art. 2059 c.c. soltanto i danni non patrimoniali consistenti in sofferenze dell'animo (i danni morali propriamente detti), mentre la suddetta limitazione non sussiste per le altre categorie di danni non patrimoniali¹⁰.

Si aggiunge che, secondo la giurisprudenza, la lesione della salute è risarcibile non in sé, ma in ragione delle privazioni cui costringe il soggetto leso. In altri termini, nella stima del danno alla salute, il giudice deve tenere conto di tutte le attività essenziali, nessuna esclusa, che saranno precluse al danneggiato per effetto dell'invalidità riportata. Sotto questo profilo, dunque, già il danno biologico costituisce un danno consistente nella perdita di attività essenziali: e non si vede - si afferma - perché mai la perdita di tali attività debba essere considerata risarcibile se causata da una lesione della salute, ed irrisarcibile se causata da illeciti di natura diversa¹¹. Né varrebbe obiettare che la salute costituisce un bene costituzionalmente rilevante, in quanto anche tutte le attività realizzatrici della persona umana costituiscono valori costituzionalmente rilevanti e costituzionalmente protetti, onde anch'essi ben potrebbero fruire di tutela risarcitoria, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 3 cost. da un lato, e 2043 c.c. dall'altro. L'argomentazione costituzionale viene comunque usata dai sostenitori della nozione di danno esistenziale come un *argumentum a fortiori*, in quanto essi stessi sottolineano che tale danno, in quanto ingiusto ex art. 2043 c.c., va risarcito a prescindere da qualsiasi "appoggio" di rango costituzionale.

La risarcibilità del danno esistenziale viene fondata dunque puramente e semplicemente sul disposto dell'art. 2043 c.c., secondo un sillogismo argomentativo che può così riassumersi: (a) lo svolgimento di attività non remunerative costituisce un interesse dell'individuo, che l'ordinamento tutela; (b) la lesione della possibilità di svolgere tali

⁸ Va, comunque, segnalato che la natura patrimoniale o non patrimoniale del danno alla salute è stata ed è tuttora ampiamente dibattuta in dottrina: numerosi autori, infatti, ritengono che il danno in questione abbia natura patrimoniale, in quanto "suscettibile di essere valutato in denaro".

⁹ Da ultimo, Cass. 19.1.1999 n. 475, in ***.

¹⁰ Monateri, op. ult. cit., 6.

¹¹ Cendon, op. ult. cit., 139.

attività costituisce di conseguenza un danno ingiusto ex art. 2043 c.c.; (c) l'ingiustizia del danno ne comporta necessariamente la risarcibilità.

4. I riscontri giurisprudenziali.

Secondo l'accurata ricostruzione del danno esistenziale cui si è fatto più volte cenno¹², il nostro sistema della responsabilità civile presenta una evidente anomalia. Incentrato com'è sulla dicotomia danno patrimoniale-danno morale (e con la sola eccezione del danno biologico, *extravagans* rispetto al sistema originario), esso presenta quotidianamente ai giudici fattispecie nelle quali manca una lesione della salute, manca un danno patrimoniale, manca un reato, e nondimeno è impossibile negare l'esistenza del danno: si citano, al riguardo, gli esempi (realmente accaduti) del coniuge di persona resa sessualmente inattiva dall'altrui illecito; del soggetto (non imprenditore) erroneamente inserito nel bollettino dei protestati; del lavoratore ingiustamente licenziato con modalità offensive; della persona abitante in zona gravemente inquinata; del vicino di casa di un inquilino rumoroso¹³.

In questi casi, si osserva, la giurisprudenza ha confusamente avvertito l'esigenza di non lasciare prive di tutela risarcitoria le fattispecie sopra descritte, ma non ha operato la scelta che sarebbe stata più logica e consequenziale: quella, cioè, di ammettere l'esistenza di una generale categoria di danno, consistente nella soppressione di utilità esistenziali (di *Lebensguten* in senso ampio). Al contrario, la giurisprudenza ha cercato di ricondurre i pregiudizi esistenziali nell'alveo di categorie note: il danno biologico (così postulando lesioni alla salute ove non ve n'era traccia); il danno alla vita di relazione (così piegando a diversi fini una categoria concettuale sorta quale conseguenza di una lesione della salute); il danno morale (così esponendosi alla stretta risarcitoria di cui all'art. 2059 c.c.); il danno alla serenità familiare (così introducendo una nozione dagli incerti confini), e via dicendo.

La vicenda giurisprudenziale del danno esistenziale, secondo questa lettura, somiglia singolarmente alla vicenda del danno biologico, prima che si riconoscesse l'autonoma risarcibilità della lesione della salute in sé: nell'uno, come nell'altro caso, i giudici risarcivano in fatto un danno del quale negavano in astratto la configurabilità.

5. I principali rilievi mossi alla costruzione teorica del danno esistenziale: (a) critiche di tipo strutturale.

Alla nozione di danno esistenziale sono stati mossi non pochi rilievi critici, talora anche virulenti: qualche autore non ha esitato a parlare, al riguardo, di "figure che danzano sull'orlo dell'abisso". Ovviamente, lo stile impetuoso od ironico degli interpreti non costituisce, di per sé, alcuna prova dell'inconsistenza delle opinioni attaccate: anzi, per quanti si divertano a cogliere serio e faceto nell'esperienza giuridica, può essere divertente rammentare che l'impeto verbale non ha giovato ai detrattori della nozione di danno biologico, prepotentemente affermatasi ad onta della sua proclamata "diabolicità"¹⁴.

Ciò detto, le critiche mosse alla nozione di danno esistenziale possono essere raggruppate intorno a due poli oggettivi: quelle di tipo strutturale, e quelle di tipo funzionali.

¹² Ziviz, *Alla scoperta dal danno esistenziale*, in *Contr. e impresa*, 1994, 845 e seguenti.

¹³ Per tutti questi esempi si veda Ziviz, *op. ult. cit.*, 846-861, ove anche la serrata critica alle soluzioni adottate dalla giurisprudenza.

¹⁴ Scafì, *Errare humanum est, perseverare diabolicum*, in *Resp. civ. prev.*, 1976, 466.

Critiche di tipo strutturale sono quelle che si incentrano sulla ammissibilità teorica e sul fondamento normativo del danno esistenziale.

Dal punto di vista strutturale, si imputa in primo luogo alla nozione di danno esistenziale una eccessiva indeterminatezza. Infatti, intendendo per “danno” qualsiasi privazione, qualsiasi rinuncia a qualsiasi attività anche non *communis omnium*, si renderebbe risarcibile ogni e qualsiasi “capriccio” del danneggiato: così, ad esempio, il non avere potuto fare le capriole o arrampicarsi sugli alberi a raccogliere nidi. In questo modo, la nozione di danno esistenziale esprimerebbe non tanto una esigenza oggettiva dell’ordinamento, ma una astratta aspirazione alla felicità, che non è compito del sistema della responsabilità civile garantire.

Sempre dal punto di vista strutturale, si osserva che il danno esistenziale, in quanto danno non patrimoniale, non potrebbe essere risarcito se non nei casi di cui all’art. 2059 c.c., e cioè nella ricorrenza di una ipotesi di reato. Affermare, pertanto, la risarcibilità di questo tipo di danno al di fuori dello schema normativo di cui all’art. 2059 c.c. significa aggirare il contenuto di quest’ultima norma.

Infine, terza critica di tipo strutturale è quella che fa leva sulla prevedibilità del danno esistenziale, ai fini della sua imputazione al danneggiante a titolo di colpa. Infatti l’essenza della colpa, come noto, risiede nella prevedibilità ed evitabilità dell’evento dannoso, in quanto sarebbe ingiusto obbligare un soggetto a risarcire un danno che non poteva né prevedere, né prevenire. Tuttavia, poiché le attività svolte da ogni singolo individuo sono molteplici ed assolutamente imprevedibili nella loro quantità e qualità, colui il quale - con una qualsivoglia condotta - reca ad altri un danno esistenziale, non potrebbe mai essere chiamato a rispondere di un danno che non poteva prevedere. Così, ad esempio, colui il quale paga in ritardo il proprio debito può essere chiamato a rispondere del danno patrimoniale da ritardo subito dal creditore, in quanto è astrattamente prevedibile che il creditore, se avesse potuto disporre tempestivamente della somma dovuta, avrebbe potuto investirla e ricavarne un lucro finanziario. La stessa persona, però non può essere chiamata a rispondere del danno esistenziale subito dal creditore avido il quale, caduto in uno stato di prostrazione a causa della mancata riscossione, si sia rinchiuso in casa rinunciando alle gioie della vita trattandosi di danno non prevedibile né prevenibile *ex ante*.

A queste critiche i sostenitori della nozione di danno esistenziale replicano che:

- (a) per quanto concerne la pretesa indeterminatezza del danno esistenziale, essa è davvero tale soltanto se si considerano le conseguenze del danno (ciò che non rileva ai fini dell’inquadramento dogmatico), piuttosto che il danno stesso. Allo stesso modo del danno esistenziale, anche il danno biologico può comportare una gamma indeterminata ed indeterminabile di privazioni esistenziali: e nondimeno la giurisprudenza continua a ripetere che di esse tutte, nessuna esclusa, il giudice deve tenere conto nella liquidazione del danno alla salute.
- (b) Per quanto concerne, invece, la pretesa sovrapposibilità concettuale tra danno esistenziale e danno morale, si replica che il danno esistenziale consiste propriamente in una rinuncia: una rinuncia, per l’esattezza, a compiere una qualsivoglia attività od atto per l’innanzi frequentemente compiuto. Il danno esistenziale, pertanto, non è un soffrire, un “lagrimare”, ma è propriamente un *non facere* forzatamente indotto dal fatto illecito del terzo. Per quanto, poi, attiene al fondamento teorico della nozione, all’accusa di surrettizio aggiramento dell’art. 2059 c.c. si replica che occorre - piaccia o non piaccia - prendere atto che la dicotomia tradizionale danno biologico-danno patrimoniale è definitivamente entrata in crisi con l’emersione del

danno biologico. Anche quest'ultimo, infatti, costituisce una ipotesi di danno patrimoniale risarcito al di fuori, e nonostante, l'art. 2059 c.c.. Non varrebbe, pertanto, trincerarsi dietro il dettato dell'art. 2059 c.c. per negare legittimità alla nozione di danno esistenziale, perché proprio la vicenda del danno biologico dimostrerebbe che l'ostacolo costituito dalla norma codicistica non è insormontabile.

- (c) Per quanto concerne, infine, la pretesa imprevedibilità del danno (e quindi l'impossibilità di imputarlo a titolo di colpa al danneggiante), i sostenitori della nozione di danno esistenziale osservano che, ai fini dell'accertamento della sussistenza della colpa, è necessario che sia prevedibile l'evento dannoso, e non le conseguenze dannose di esso. Così, colui il quale arreca ad altri un danno alla salute risponde del danno se poteva prevedere la lesione, sebbene le privazioni ingenerate dall'invalidità residua alla lesione siano per lo più imprevedibili.

6. I principali rilievi mossi alla costruzione teorica del danno esistenziale: (b) critiche di tipo funzionale.

Critiche di tipo funzionale sono quelle che si incentrano sulla utilità pratica ed utilizzabilità concreta del danno esistenziale.

A questo riguardo è stato osservato, in primo luogo, che non esiste alcun criterio oggettivo in base al quale liquidare il danno esistenziale. Esso, ove accolto dagli organi giudicanti, resterebbe affidato a criteri di liquidazione assolutamente imprevedibili, e darebbe luogo ad una vera e propria babele risarcitoria.

E' stato poi segnalato - sotto il profilo dell'utilità pratica della nuova nozione - il rischio che, facendo leva sulla nozione di danno esistenziale, si dia la stura ad una vera e propria alluvione di domande risarcitorie pretestuose, ovvero pretestuosamente gonfiate nel *quantum*. Infatti, una volta ammessa la risarcibilità del danno consistito nella forzosa rinuncia ad un qualsiasi *facere*, potrebbe diventare sin troppo agevole dimostrare in giudizio che, senza l'altrui condotta illecita, avremmo potuto attendere ad una cospicua serie di attività, cui abbiamo invece dovuto rinunciare. Al rischio che il danno esistenziale diventi un *floodgate* della responsabilità civile vengono poi agganciati due corollari: da un lato, diventerebbe rischiosa qualsiasi attività, anche lecita, perché da qualsiasi attività potrebbe derivare un danno esistenziale; dall'altro, il sistema delle assicurazioni di responsabilità civile (volontarie ed obbligatorie) entrerebbe in crisi, poiché dal punto di vista statistico non potrebbe essere compiuta nessuna seria previsione circa l'incidenza del danno esistenziale sui risarcimenti complessivi.

Alla prima delle due critiche appena esposte viene replicato che la mancanza di criteri oggettivi di liquidazione non può costituire un valido motivo per escludere l'esistenza del danno. Anche il risarcimento del danno morale, ad esempio, è sganciato da qualsiasi parametro oggettivo, e nondimeno esso viene comunemente liquidato da più di un secolo. La individuazione di un criterio razionalmente condivisibile per la *aestimatio* del danno è un *posterius* rispetto alla definizione della nozione di danno, e non può quindi condizionarne l'ammissibilità¹⁵.

Quanto al rischio che il danno esistenziale si trasformi in un argine rotto alle domande risarcitorie fasulle, i sostenitori della nuova categoria osservano che, per ritenere se-

¹⁵ Ma a questa impostazione, a sua volta, si replica che l'individuazione delle regole dell'*an* e del *quantum* del danno costituisce un *continuum* senza soluzioni di continuità, e non si può pensare ai limiti ed al fondamento della responsabilità senza individuare, nel contempo, la misura del risarcimento (così Enzo-Zencovich, *Law & comics: Paperon de' Paperoni, Gatto Silvestro, Bugs Bunny, Willy coyote*, in *Danno e resp.*, 1999, 356).

rio e fondato tale rischio, occorrerebbe nello stesso tempo ammettere che i danneggiati siano tutti profittatori, che i loro avvocati siano tutti persone senza scrupoli, e che i giudici chiamati a decidere le relative controversie siano tutti privi di qualsiasi capacità di discernimento. In realtà, il danno esistenziale non si presta a richieste risarcitorie pretestuose più di quanto non accada per il danno biologico, per quello morale e per quello patrimoniale.

7. Adesione, rifiuto od εποχη ?

Quella di danno esistenziale è nozione al cui fascino è difficile resistere. Essa infatti, in determinate fattispecie, può davvero tornare utile per conferire al nostro sistema della responsabilità civile (originariamente fondato sulla “dicotomia zoppa” tra danno patrimoniale e danno morale, e di fatto entrato in crisi con l’emersione del danno biologico) maggiore linearità ed organicità. Così, per fare qualche esempio: perché la forzosa rinuncia ad andare al cinema può essere risarcita, se causata da una lesione della salute, e non può esserlo, se causata da un inadempimento contrattuale? Perché la forzosa rinuncia a praticare uno sport può essere risarcita, se causata da una lesione della salute, e non può esserlo, se causata da un qualsivoglia atto illecito che non integri gli estremi di un reato? Perché l’impossibilità di dormire, causata dal vicino rumoroso, può essere risarcita solo se si accerta una lesione della salute o l’esistenza d’un reato? Il danno esistenziale consente di rimediare alle aporie sottese da tali domande, e parrebbe perciò a tutta prima una “nuova frontiera” da raggiungere quanto prima, nel sistema della responsabilità civile.

Tuttavia, pare a chi scrive che la nozione di danno esistenziale, come sopra elaborata, presenti tuttora qualche aspetto che richieda maggior approfondimento.

Indubbiamente, molte delle critiche mosse alla nozione di danno esistenziale appaiono destituite di fondamento: così quella secondo cui la nozione sarebbe inammissibile per l’assenza di criteri obiettivi di liquidazione, ovvero quella secondo cui essa porrebbe il destro per una crescita esponenziale delle domande risarcitorie.

Alla prima (lo si è già osservato) è agevole replicare che la liquidazione del danno esistenziale - ove se ne ammetta la nozione - non potrà che avvenire ex art. 2056 c.c., e quindi in via equitativa. E la liquidazione equitativa, per definizione, non è sottesa da una regola algoritmica, cioè universalmente definibile *ex ante*. Della liquidazione equitativa si può predicare unicamente la sua congruenza *a posteriori*, ma non mai la sua misura *a priori*.

Alla seconda critica è, del pari, agevole rispondere che se davvero l’introduzione della figura del danno esistenziale dovesse far crescere il numero delle domande risarcitorie, delle due l’una: o tali domande si rivelano fondate, ed allora il danno esistenziale avrà fatto emergere una sacca di danni per l’avanti non risarciti, apprestando tutela là dove non esisteva; ovvero tali domande si rivelano infondate, ed allora cade per ciò solo l’accusa di uso strumentale della nozione di danno esistenziale. In altri termini, il problema del danno esistenziale come potenziale *floodgate* non può essere pensato ipostatizzato, prima ed al di fuori del processo. Il problema della crescita delle domande risarcitorie è un non-problema per il giurista, giacché la crescita di domande giudicate fondate rivela un adeguamento del sistema; mentre la crescita di domande giudicate infondate rivela che il sistema sa tutelarsi da solo, discernendo gli interessi meritevoli di tutela.

Sono altri, a parere di chi scrive, gli aspetti problematici della nozione di danno esistenziale, che giustificano - per ora - un certo agnosticismo. I più evidenti di questi a-

spetti mi sembrano tre: l'imputabilità del danno; il contenuto del danno e la distinzione dal danno morale.

(A) L'imputabilità del danno.

Come noto, il nostro sistema della responsabilità civile si fonda sul criterio della colpa, con poche (anche se non marginali) eccezioni¹⁶. La nozione di colpa civile, che è distinta da quella di colpa penalmente rilevante¹⁷, viene tradizionalmente fondata su due elementi: da un lato l'idea di deviazione, di scostamento, di abbandono, di inosservanza di una regola di condotta, sia essa frutto di una norma di legge, regolamentare, contrattuale, deontologica, di comune prudenza (arg. ex art. 1176 c.c.). Dall'altro lato, la nozione di colpa viene tradizionalmente fondata sull'idea della concreta prevedibilità ed evitabilità dell'evento. Nella prevedibilità ed evitabilità, anzi, risiede la distinzione tra colpa e caso fortuito: giacché non sarebbe giusto né condivisibile ascrivere ad un soggetto le conseguenze di un fatto che egli non poteva né prevedere né evitare¹⁸. La necessaria prevedibilità dell'evento dannoso è stata affermata anche dalla Corte costituzionale, la quale ha espressamente affermato che, là dove essa manchi, non è possibile una valutazione autonoma della colpa¹⁹. Ovviamente, la prevedibilità o prevenibilità dell'evento non va confusa con la prevedibilità delle conseguenze dannose da esso scaturite. Come noto, infatti, in materia extracontrattuale il danneggiante risponde anche delle conseguenze imprevedibili della propria condotta.

E' a questo punto, però, che la nozione di danno esistenziale sembra entrare in apparente collisione con la nozione di colpa come ora tratteggiata. Infatti delle due l'una:

(a) se il danno esistenziale, come i suoi sostenitori mostrano di ritenere, va qualificato "danno-conseguenza", la prevedibilità o la prevenibilità dell'evento dannoso (fonte del danno esistenziale, cioè il "danno-evento" propriamente detto) dovrà necessariamente concernere una lesione ontologicamente diversa dalla perdita dell'attività esistenziale: e quindi, ancora una volta, una lesione o biologica, o patrimoniale o morale. Insomma, se il danno esistenziale è un danno-conseguenza, esso presuppone un danno-evento che difficilmente potrebbe collocarsi al di fuori delle tre categorie tradizionali. Ma, se così è, gli effetti della lesione dovranno essere retti dalle regole consuete, e quindi:

-) in caso di lesione della salute, le perdite esistenziali da questa causate sono già oggi risarcibili, ex artt. 32 cost. e 2043 c.c.;

¹⁶ Ad esempio, le previsioni di cui agli artt. 2048, 2050, 2052 c.c..

¹⁷ *Ex multissimis*, in tal senso, Cass., sez. III, 22-02-1996, n. 1375, in Arch. circolaz., 1996, 537; Pret. Forlì, 19-02-1986, in Resp. civ., 1986, 176.

¹⁸ Per una recente ed approfondita disamina di questo tema si veda Radé, *L'impossibile divorce de la faute et de la responsabilité civile*, in *Recueil Dalloz*, 1998, 301.

¹⁹ Corte cost. 27-10-1994, 372/1994, in Corriere giur., 1994, 1455, con nota di GIANNINI, *E' risarcibile iure proprio il danno biologico a causa di morte?*, nonché in Foro it., 1994, I, 3297, con nota di Ponzanelli, *La corte costituzionale e il danno da morte*, ed in Giust. civ., 1994, I, 3029, con nota di Busnelli, *Tre «punti esclamativi», tre «punti interrogativi», un «punto e a capo»*. La sentenza 372/94 della Consulta ha suscitato molte perplessità e numerose aperte critiche, nella parte in cui ha preteso (o suggerito?) di ricondurre il danno da *nervous distress* causato dalla morte del congiunto nell'ambito dell'art. 2059 c.c.. Tuttavia, con limitato riferimento al problema di cui qui si discute, la sentenza non ha fatto che recepire un principio da tempo largamente ricevuto in dottrina ed in giurisprudenza. Si veda anche, nello stesso senso della consulta ma con riferimento ad una fattispecie di merito, Trib. Reggio Emilia, 03-11-1995, in Danno e resp., 1997, 105, con nota di Palmieri, *Quanto vale la sofferenza dei genitori per la perdita di un figlio?*.

-) in caso di danno patrimoniale, le perdite esistenziali da esso causate non sono risarcibili, ex artt. 1223 e 2056 c.c.;
-) in caso di danno morale, le perdite esistenziali, in quanto fonte di sofferenza, sono già oggi risarcibili ex art. 2059 c.c.;

(b) se invece, per evitare le secche del doppio nesso causale tra condotta illecita e danno-evento, e tra quest'ultimo e danno-conseguenza, si volesse configurare il danno esistenziale come danno-evento, allora verrebbe a mancare del tutto il requisito della prevedibilità o prevenibilità dell'evento di danno, e con esso la configurabilità stessa della colpa civile. Le attività esistenziali perdute in conseguenza dell'altrui illecito, infatti, sono troppo varie e multiformi per potere essere ritenute prevedibili dal danneggiante (come potere seriamente affermare, infatti, che l'offensore possa astrattamente prefigurarsi che l'offeso, in conseguenza dell'illecito, non giocherà più a scacchi, non tirerà più di scherma, non collezionerà più etichette di acqua minerale, eccetera?).

Il primo nodo irrisolto della nozione di danno esistenziale appare dunque così riassumibile: se questo danno è un danno-evento, esso è imprevedibile e dunque non può essere ascritto all'offensore a titolo di colpa; se esso è un danno-conseguenza, presuppone necessariamente un danno-evento, che dovrà essere biologico, patrimoniale o morale, ed ubbidire alla regole risarcitorie normativamente poste o giurisprudenzialmente elaborate per questi tre tipi di danno.

(B) Il contenuto del danno.

Come si è visto in precedenza, il danno esistenziale è tendenzialmente omnicomprensivo: nella cosmografia tolemaica, esso rappresenterebbe l'ultimo cielo della responsabilità civile, quello che tutti gli altri in sé riunisce e comprende. Ammessa la configurabilità del danno esistenziale, qualsiasi rinuncia, qualsiasi privazione, qualsiasi perdita di attività dell'esistenza (siano esse *communes omnium* come il leggere, o peculiari come l'ammaestrare pappagalli), rappresenterebbe una lesione astrattamente risarcibile. Anche qui, dunque, la nozione di danno esistenziale deve affrontare una "scelta tragica":

- a) o ammettere che persino la perdita possibilità - ad esempio - di fare schiamazzi, imbrattare i muri, ed insomma di compiere qualsiasi insignificante gesto quotidiano costituisca un danno risarcibile: ed in questo caso l'interprete deve spiegare perché mai debba considerarsi "ingiusta" la perdita della possibilità di compiere un gesto od un'attività insignificanti, inutili od illeciti;
- b) ovvero, ammettere che non qualsiasi perdita esistenziale possa costituire un danno risarcibile: ed in questo caso l'interprete avrà il non agevole compito di individuare il "selettore", cioè il criterio in base al quale discernere le perdite esistenziali meritevoli di tutela risarcitoria da quelle non risarcibili, e non è difficile prevedere che l'attività esistenziale meritevole di tutela sarà immancabilmente ancorata o a principi costituzionali, o a norme di legge. Ma, in questo modo, viene a perdersi tutta la portata innovativa del danno esistenziale: se infatti, perché il danno sia risarcibile, è necessario individuare la norma costituzionale o la norma di legge alla quale "ancorare" l'ingiustizia del danno, non c'è bisogno di mettere in campo una nuova figura, in quanto già oggi la lesione di un interesse normativamente qualificato costituisce un danno risarcibile. Il riferimento, appare ovvio, è alla recente sentenza 23.7.1999

n. 500/SU²⁰, con la quale le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno affermato la risarcibilità della lesione di un interesse legittimo. Tale decisione è foriera di rilevanti implicazioni in tutto il settore della responsabilità civile, e può servire anche come pietra di paragone per misurare l'utilità concreta della nozione di danno esistenziale.

Con la decisione ora ricordata, la S.C. ha compiuto una rilettura dell'art. 2043 c.c., affermando (in estrema sintesi) che:

- (a) l'art. 2043 c.c. non è norma secondaria (una sanzione, cioè, in cerca di precetto, da rinvenire di volta in volta in altre norme dell'ordinamento), ma è norma primaria che contiene in sé precetto e sanzione;
- (b) il requisito dell' "ingiustizia" va riferito al danno, non alla condotta, ed è ingiusto quel danno che lede qualsiasi interesse (non solo un diritto soggettivo) meritevole di tutela alla stregua dell'ordinamento;
- (c) sono interessi meritevoli di tutela quelli in qualche modo "presi in considerazione" dalle norme positive.

Proprio a quest'ultimo riguardo, ha osservato la Corte che "compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela ex art 2043 c. c., è (...) quello di procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poiché solo la lesione di un interesse siffatto può dare luogo ad un "danno ingiusto", ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza.

Comparazione e valutazione che, è bene precisarlo, non sono rimesse alla discrezionalità del giudice, ma che vanno condotte alla stregua del diritto positivo, al fine di accertare se, e con quale consistenza ed intensità, l'ordinamento assicura tutela all'interesse del danneggiato, con disposizioni specifiche (così risolvendo in radice il conflitto, come avviene nel caso di interesse protetto nella forma del diritto soggettivo, soprattutto quando si tratta di diritti costituzionalmente garantiti o di diritti della personalità) ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili (diversi dalla tutela risarcitoria), manifestando così una esigenza di protezione (nel qual caso la composizione del conflitto con il contrapposto interesse è affidata alla decisione del giudice, che dovrà stabilire se si sia verificata una rottura del "giusto" equilibrio intersoggettivo, e provvedere a ristabilirlo mediante il risarcimento)".

La motivazione che precede appare illuminante per risolvere il reale problema che sta alla base della costruzione del danno esistenziale: la risarcibilità della perdita di attività esistenziali. Dal passo che precede appare infatti lecito inferire che, secondo la Corte di legittimità, qualsiasi lesione, e quindi qualsiasi perdita (patrimoniale, biologica, morale od esistenziale), possa dar luogo a un risarcimento, a condizione che l'interesse leso:

- (a) sia protetto da disposizioni specifiche; ovvero

²⁰ La sentenza, arricchita dai commenti di Carbone, Monateri, Pardolesi, Ponzanelli e Roppo può leggersi in *Danno e resp.*, 1999, 965.

- (b) sia oggetto di norme che rivelano una esigenza di protezione. Nel primo caso, il risarcimento sarà sempre dovuto, purché sussistano gli altri elementi dell'illecito; nel secondo caso, il risarcimento sarà dovuto se il giudice accerti, nel caso concreto, la prevalenza dell'interesse leso rispetto a quello, eventualmente concorrente, dell'offensore.

La rilettura dell'art. 2043 c.c., proposta dalle Sezioni Unite, pare in qualche modo "spiazzare" il danno esistenziale: infatti, nel momento in cui si proclama la risarcibilità della lesione di qualsiasi interesse, purché "preso in considerazione dall'ordinamento", si ammette per ciò solo la risarcibilità anche di qualsiasi perdita esistenziale, a condizione che essa abbia formato oggetto di tutela da parte di una norma positiva.

C) La distinzione dal danno morale.

Infine, poche osservazioni sulla distinzione tra danno morale e danno esistenziale: distinzione che può non riuscire sempre agevole. Si afferma, infatti, che il danno esistenziale costituisce una rinuncia ad un *facere*, ad una attività positiva, mentre il danno morale costituisce una mera sofferenza soggettiva, un *patis*. La distinzione, a livello concettuale, è chiarissima, ma è a livello fattuale che sorgono le difficoltà. In primo luogo, una perdita esistenziale può conseguire non solo ad una forzata rinuncia (la perdita di un *facere*), ma anche ad una forzata attività (la perdita di un *non facere*: si pensi all'ipotesi di chi sia costretto a recarsi dall'unico esperto in grado di riparare l'antico cimelio danneggiato dall'altrui illecito). Questo rilievo, comunque, appare agevolmente superabile osservando che anche il riposo od il "dolce-far-nulla" costituiscono attività esistenziali, e la loro perdita rappresenta un danno.

Ciò che invece appare non del tutto convincente, è la distinzione tra danno morale e danno esistenziale fondata sul rilievo secondo cui il danneggiato nel morale "soffre", mentre il danneggiato nell'esistenza "non fa". La sofferenza morale causata dall'illecito, infatti, è sempre una sofferenza causata da una rinuncia: rinuncia al fare, nel caso di lesioni corporali; rinuncia alla presenza del congiunto, nel caso di omicidio; rinuncia alla tranquillità della vita, in tutti gli altri casi di reato.

Del pari, colui il quale abbia dovuto rinunciare ad una qualsivoglia attività dell'esistenza, soffre per tale rinuncia, e la sua sofferenza non può non essere soggettiva. In altri termini, per chi rinuncia ad una attività esistenziale costituisce danno non l'attività perduta, ma la sofferenza causata dalla perdita.

Così, per fare un esempio: la vedova inconsolabile che non trova la forza di uscire di casa dopo la perdita del coniuge, indubbiamente rinuncia a molteplici attività esistenziali (andare al cinema, andare a passeggio, visitare musei e mostre, eccetera). Ma questo tipo di danno, conseguenza della sofferenza morale, già oggi viene messo in conto a valutato al momento della liquidazione del danno morale. Se si ammettesse, accanto a quest'ultimo, la risarcibilità anche del danno esistenziale, delle due l'una: o si compie una duplicazione risarcitoria, liquidando due volte la *pecunia doloris* per le medesime privazioni; oppure, se si "scomputa", per così dire, il danno esistenziale da quello morale, quest'ultimo corre il rischio di divenire davvero una entità sfuggente e difficilmente valutabile.