

*AFTER THE PRONUNCIATIONS FROM THE UNITED SECTIONS OF
THE COURT OF CASSATION ON NOVEMBER THE 11TH 2008: THE
REAL DISAGREEMENTS BETWEEN THE SUPPORTERS
OF THE EXISTENTIAL DAMAGE AND ITS DENIERS*

*DOPO LE DECISIONI DELLE SEZIONI UNITE: LE "REALI" DIVERGENZE
TRA ESISTENZIALISTI ED ANTIESISTENZIALISTI*

Prof. Avv. Giulio Ponzanelli*

ABSTRACT

The pronunciations from the United Sections of the Court of Cassation on November the 11th 2008 denied the existential damage as an independent damage and consider it as a descriptive part of the non patrimonial damage, together with the biological damage and the moral damage. This decision anyway hasn't succeed in avoid the disagreements, on the contrary the supporters of the existential damage has denied the conclusions of the pronunciation and continue to sustain the existential damage ad an independent damage.

* Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Privato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano

1. Le decisioni delle Sezioni Unite e le incertezze esistenti nell'ordinamento italiano

Le Sezioni Unite hanno escluso in modo perentorio la voce di danno non patrimoniale esistenziale (“ di danno esistenziale come autonoma categoria di danno non è più dato discorrere”), ma lo scontro tra esistenzialisti e antiesistenzialisti non si attenua. Anzi, ha preso toni ancor più accesi di quanto fosse dato rilevare nell’attesa della decisione delle Sezioni Unite : toni che possono solo in parte essere spiegati con la sconfitta di quel pensiero. In effetti, le Sezioni unite escludono il danno esistenziale come categoria autonoma, ma fanno sempre salvo il risarcimento delle conseguenze esistenziali (cioè non patrimoniali) alla condizione che le stesse siano conseguenza della lesione di un diritto inviolabile della persona costituzionalmente qualificato. Così facendo, le Sezioni Unite ristabiliscono un giusto equilibrio tra diritto e rimedio, ammettendo il secondo quando si sia verificata la lesione del primo.

Gli esistenzialisti, evidentemente non contenti di questo importante riconoscimento delle Sezioni Unite, stanno sottolineando , in tutte le sedi possibili, i gravi errori compiuti dalle Sezioni Unite e tali da rendere le stesse decisioni addirittura non vincolanti per l’interprete¹.

¹ Cfr. M. BONA, *Dal sistema al caos: le ragioni per resistere alle sentenze (non vincolanti) delle Sezioni Unite*, in A.A.VV., *Il danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 69 ss.

Sembra risuonare, nei loro interventi e nelle loro riflessioni, il motto famoso della procura milanese all'inizio del ventunesimo secolo di fronte a ingerenze della politica ritenute eccessive nell'amministrazione della giustizia: "resistere, resistere, resistere", aspettando tempi più propizi ad una certa generosità riparatoria² che non può non sfociare, però, in un sistema di sicurezza sociale e che qui non è riuscita a farsi accettare come diritto vivente dai giudici di nomofilachia. Si possono anche comprendere l'amarezza e il disagio di chi aveva fortemente confidato in un diverso epilogo, dopo l'incoraggiante ordinanza interlocutoria del 27 febbraio 2008, ma l'attaccamento ossessivo alla figura del danno esistenziale, le accuse rivolte nei confronti dei componenti le Sezioni Unite (definiti in alcune occasioni come veri e propri "fossili") e gli sforzi rivolti a delegittimare l'intervento delle Sezioni Unite non sembrano proprio fare onore ad un dibattito e ad un confronto di idee che si vorrebbe sempre più attento e scientificamente basato³.

Insomma, da una parte l'intervento delle Sezioni Unite è stato proprio determinato dalla necessità di superare le incertezze presenti a livello di diritto vivente; dall'altra, una parte della dottrina pare avere l'intenzione di reiterare quello stato di incertezza, ritenendo che

² Cfr. F. PECCENINI, *Il 2008 guarda al 2003 ... con la speranza di non dover attendere il 2013*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 307.

³ Ci si accusa di utilizzare, noi, un metodo non scientifico (cfr. P. ZIVIZ, *Un'occasione mancata per le Sezioni Unite*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, cit., 545), ma che cosa c'è di più antiscientifico che continuare a parlare di una rilevanza costituzionale posseduta dal danno non patrimoniale?

addirittura nulla sarebbe cambiato nelle regole di riparazione del danno alla persona e che tutto sarebbe rimasto come prima.

Visto gli esiti del dibattito, a solo qualche mese dal deposito, delle decisioni delle Sezioni Unite, mi chiedo, allora, se non sia più proficuo intraprendere una strada alternativa e cercare di chiarire, una volta per tutte, quali siano le reali differenze di posizione esistenti tra le fazioni contendenti,⁴ perché di una profonda divisione sul modo di concepire e vivere le regole della responsabilità civile si tratta : questo, per offrire al pubblico di tutti gli operatori del diritto un quadro preciso dei diversi orientamenti .

Per svolgere con successo questo compito, andrò ad analizzare tre macro-aree:

- a) quando sia presente solo il danno non patrimoniale non biologico e non derivante da reato;
- b) quando invece sia presente il danno non patrimoniale biologico assieme al danno non patrimoniale morale;
- c) il corretto valore da attribuire al principio di integrale riparazione.

⁴ *Giudica, invece, troppo radicale la contrapposizione tra esistenzialisti ed antiesistenzialisti E. NAVARRETTA, Danni non patrimoniali : il compimento della Drittwirkung e il declino delle antinomie, in Nuova Giur. Civ. Comm. 2009, II, 79 ss.*

2. Il profilo del danno non patrimoniale non biologico e non derivante dalla sussistenza di una fattispecie di reato

Si tratta (*recte*: tratterebbe), qui, di verificare la mutata area di rilevanza del danno non patrimoniale, dopo la lettura costituzionale inaugurata nel 2003 dalla Terza Sezione e confermata dalle Sezioni Unite del novembre 2008.

Uso il condizionale perché non pare proprio che il pensiero esistenzialista voglia fornire un contributo alla definizione di un catalogo dei diritti, la cui lesione sia in grado di fondare il rimedio nei confronti del danno non patrimoniale.

Prevalente sembra non solo la difesa ad oltranza della categoria del danno esistenziale in quanto tale, ma la convinzione che il danno non patrimoniale esistenziale proprio non debba misurarsi con l'individuazione puntuale di ciò che è e di ciò che non è tutelato a livello costituzionale (come interesse della persona, secondo l'espressione utilizzata nel 2003; come diritto inviolabile secondo l'intervento delle Sezioni Unite).

Indice di rara arroganza culturale e di un' assoluta non disponibilità al dialogo, il pensiero esistenzialista conferma, qui, la sua originaria attenzione verso un modello in cui tutto ciò che determina un peggioramento qualitativo della vita del danneggiato, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, deve essere risarcito.

Ciò comporta un inevitabile approdo a un sistema di sicurezza sociale: guardando solo il danno, e non il diritto, e attribuendo al danno, e non al diritto, una rilevanza costituzionale, questa è, infatti, la logica conseguenza.

Il rifarsi all'art. 2043, quale norma generale in grado di ricomprendere ogni danno e al requisito dell'ingiustizia, non appare, poi, operazione interpretativa capace di rimuovere dubbi e perplessità.

Infatti, oltre alle strutturali diversità tra la norma generale dell'art. 2043 e la norma speciale dell'art.2059, è chiaro che, attribuendo preminenza, anche costituzionale, al danno, si finisce per interpretare in modo assai "soft" il requisito del *contra jus* (in ogni caso insufficiente per la concessione del danno non patrimoniale, che richiede un *contra jus* più qualificato, costituzionale, appunto). Se anche ci fosse coerenza tra gli enunciati formali e le concrete applicazioni, il che non è, non sarebbe rispettata sino in fondo la *ratio* dell'art. 2059 che pone oggi insuperabili "paletti" all'interprete.

Così facendo, non si aiuta a superare la rilevante incertezza presente tra gli operatori del diritto, che appaiono in difficoltà nel non comprendere sino in fondo la novità del messaggio contenuto nelle Sezioni Unite:tutto incentrato sul ruolo e sull'importanza che dev'essere attribuita al diritto leso, prima che al danno sofferto.

Il caso paradigmatico sembra essere costituito dalla richiesta di risarcimento dei danni (non patrimoniali :ovviamente) per l'uccisione dell'animale di affezione⁵.

Ma questo caso rischia fatalmente di non far emergere le profonde diversità tra i due opposti schieramenti.

Io, per fumare il *calumet* della pace, sarei anche pronto a riconoscere la risarcibilità del danno non patrimoniale per la perdita del proprio animale di affezione, ma sono (e credo che anche gli antiesistenzialisti lo siano) consapevole che dietro il caso dell'animale di affezione sussistono precise differenze di filosofia dell'illecito civile.

3. Sussistenza di un danno non patrimoniale "biologico), di un danno non patrimoniale per la sussistenza di un reato : problema del cumulo con il nuovo danno non patrimoniale derivante dalla lesione di un diritto inviolabile

Anche su questo profilo, che interessa da vicino la parte più rilevante del contenzioso esistente in tema di danno alla persona (si tratta, infatti, di infortunistica stradale e di responsabilità medica), il dialogo pare proprio essere tra sordi.

⁵ La Cassazione, con la decisione del 2007(Cass. 27 giugno 2007, n. 14846 in Nuova Giur.Civ.Comm., 2008, I, 211 con bella nota di CRICENTI), aveva escluso il risarcimento del danno non patrimoniale per la perdita dell'animale di affezione. Ora, con la decisione recente (Cass. 25 febbraio 2009, n. 4993), tale risarcimento, concesso dai giudici di pace, venne ritenuto incensurabile in sede di giudizio di Cassazione.

Si ripete, con continuità, che non può non essere risarcito anche il danno esistenziale (e non le conseguenze non patrimoniali-esistenziali), senza mai tenere nel giusto conto i profondi mutamenti intervenuti nelle due voci di danno(biologico e morale) ritenute dagli esistenzialisti non idonee a realizzare il principio di integrale riparazione del danno.

Il danno biologico, censurato con fiumi di inchiostro per il fatto di interessarsi solo e riduttivamente della salute e dell'integrità psicofisica della persona(" non di sola salute vive l'uomo" : questo uno degli *slogan* più ripetuti dal pensiero esistenzialista), abbraccia ora, per diritto vigente, anche le ricadute relazionali sulla vita del danneggiato (art. 138, par. 2, lett. a: " ... incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito").

Ciò significa che il danno biologico ha attratto, nel suo seno, anche il contenuto tanto caro al pensiero esistenziale, rendendo del tutto inutile utilizzare questa nuova voce di danno, a meno di non cadere in uno sterile nominalismo. E, sia pure prevista per la circolazione dei veicoli, non pare sussistano controindicazioni per estendere la portata dell'art. 138 anche nelle altre province della responsabilità civile: il non poter più fare è oggi risarcibile, tramite i mutati confini del danno biologico, come importante elemento di personalizzazione del danno non patrimoniale , e ciò dovrebbe, meglio di ogni altro argomento, chiarire che le richieste del danno esistenziale, in aggiunta a quelle del dan-

no biologico e del danno morale (se presente è un reato) non possono essere accolte, perché andrebbero a ledere il generale principio di integrale riparazione del danno.

Ed in ogni caso, le Sezioni Unite riconoscono la risarcibilità anche delle conseguenze esistenziali, non patrimoniali, purchè ci sia la lesione di un diritto involabile.

4. Il profilo dell'integrale riparazione del danno

Ed eccoci all'ultimo punto: le Sezioni Unite confermano la fedeltà al principio di integrale riparazione del danno. Questo punto è condiviso da tutti gli schieramenti della dottrina italiana. Sorpresa solo apparente, perché evidentemente ciascun orientamento ha la sua personale convinzione di che cosa costituisca integrale riparazione del danno. Ora, questa diversità di voci e questo differente modo di concepire la riparazione del danno possono anche essere facilitati perché si verte in tema di riparazione del danno non patrimoniale e ciò, secondo alcuni, renderebbe impossibile l'osservanza di detto principio⁶.

Ad un attento esame, ancora una volta, la divergenza di opinioni si basa tutta sul riconoscimento del danno esistenziale come voce autonoma: la sua eliminazione ("..... di

⁶ Cfr. G. PEDRAZZI, *Il principio di integrale riparazione del danno*, in corso di pubblicazione, Milano, 2009

danno esistenziale non è più dato discorrere”) avrebbe determinato un insanabile *vulnus* al principio di integrale riparazione del danno⁷.

Giudizio troppo affrettato, privo, come non può non essere, di un riscontro e di un conforto probatorio, e soprattutto sintomo di un attaccamento alla categoria che finisce per coincidere con il fanatismo.

Il punto sul quale gli esistenzialisti non paiono propensi a discutere è proprio questo: per loro, al fine di garantire il rispetto dell’integrale riparazione del danno, c’è assoluto bisogno di una pluralità di voci di danno, che vogliono tutelare differenti aspetti non patrimoniali, non essendo sufficiente un’unica voce generale. Ed evidentemente il favore verso un sistema caratterizzato da una pluralità di voci è basato sulla necessità di mantenere vitalità alla voce del danno esistenziale.

La risposta delle Sezioni Unite è stata , però, fra le più solari: lo scopo ultimo della responsabilità civile (cioè la riparazione integrale del danno) può meglio essere realizzato attraverso un’unica voce che per tramite di una molteplicità di voci di danni.

Preferibile, e non tanto perché questo è il giudizio delle Sezioni Unite, pare proprio un sistema unitario che esamini nella loro integralità, tutte le ripercussioni, anche di tipo esistenziale, subite dal danneggiato ; evitando, così, pericolose ed inopportune duplica-

⁷ Che comunque non ha una rilevanza costituzionale: cfr. per ulteriori considerazioni, G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in M. Bussani (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 90.

zioni di risarcimento, e sempre richiedenti, in ogni caso, la lesione di un diritto inviolabile.

* * * * *

Questo è la linea distintiva tra le due fazioni, la cui contrapposizione è davvero radicale:

risarcire il danno non patrimoniale perché esso è il presidio minimo della protezione spettante ai diritti inviolabili⁸, risarcire sempre (cioè quando sia presente il semplice *contra jus* rilevante ex art.2043 c.c.) il danno esistenziale, oltre al riconoscimento del danno biologico e del danno morale, implica avere una concezione dell'integrale riparazione del danno completamente diversa.

E se è impossibile raggiungere un componimento, almeno è importante, allora, rendersi conto delle diversità esistenti all'interno della dottrina italiana, anche dopo la decisione delle Sezioni Unite.

⁸ In questo senso cfr. E.LAMARQUE, *Il nuovo danno non patrimoniale sotto la lente del costituzionalista*, in *Danno e Resp.*2009 e già prima, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quaderni costituzionali* 2008,269 ss.