

IL DANNO TANATOLOGICO E L'OSTACOLO DELLA CAPACITÀ GIURIDICA

Barbara Di Giacinto

INDICE

CAPITOLO I

IL PROBLEMA

- 1) Le principali questioni connesse al danno da perdita della vita
- 2) I primi orientamenti della giurisprudenza
- 3) Gli orientamenti della dottrina fino alla sentenza dell'Andro
- 4) La sentenza della Corte costituzionale, n. 372 del 1994: il ritorno al passato
- 5) La teoria dell'ontologica diversità tra il bene giuridico della vita e il bene giuridico della salute: Il danno biologico terminale
- 6) Danno morale terminale

CAPITOLO II

LA PERDITA DEL BENE "VITA"

- 1) La dottrina più recente

- 2) La "Sentenza Scarano": la perdita del bene vita come danno in sé risarcibile

Segue. I criteri di quantificazione della perdita del bene vita

- 3) Le reazioni alla configurabilità della perdita della vita come danno evento

- 4) Gli orientamenti europei: la giurisprudenza della CEDU

CAPITOLO III

RISARCIBILITÀ DEL DANNO DA MORTE E PERDITA DELLA CAPACITÀ GIURIDICA

- 1) L'evento della morte e la perdita della capacità giuridica
- 2) La teoria dei diritti senza soggetto
- 3) La posizione di Carnelutti

- 4) La tutela *post mortem* dei diritti della personalità: il diritto morale d'autore
- 5) La teoria della successione nei diritti della personalità

CAPITOLO I

IL PROBLEMA

1) LE PRINCIPALI QUESTIONI CONNESSE AL DANNO DA PERDITA DELLA VITA

La Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza n. 1361 del 2014¹ affronta il controverso tema della risarcibilità del danno da morte. Rovesciando il suo precedente orientamento, consolidatosi fin dal 1925, sostiene che l'uccisione di una persona, ad opera del fatto illecito di un terzo, è fonte di un diritto al risarcimento in capo alla vittima e, conseguentemente, ai suoi eredi in questi termini: «costituisce danno non patrimoniale altresì il danno da perdita della vita, quale bene supremo dell'individuo ("essenziale tra gli essenziali"²), oggetto di un diritto assoluto e inviolabile garantito in via primaria da parte dell'ordinamento, anche sul piano della tutela civilistica»³. Salutata da autorevole dottrina⁴ come "un significativo passo sulla via verso la piena tutela civile della persona", la pronuncia della Sezione Terza non ha tardato ad accendere il dibattito – in

¹

² De Cupis, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo, vol. IV, Milano, 1982, pag. 94.

³ Cass. civ. sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361

⁴

verità mai sopito - sulla risarcibilità della perdita della vita in sé considerata. La *ratio* principale dell'acceso dibattito, che involge il danno da perdita della vita, sta innanzitutto in ciò: "l'interesse alla vita" esiste finché c'è la vita, mentre in caso di violazione dello stesso, e quindi in caso di morte, non c'è rimedio –in quanto tale successivo alla violazione - di cui possa fruire il portatore dell'interesse. In altre parole, se ci si pone dal punto di vista del portatore dell'interesse primario leso, in caso di violazione non c'è rimedio, non c'è utilità, perché ne viene meno il titolare ma, ancor prima non c'è danno. Usando le parole di autorevole dottrina,⁵ infatti: "La morte non è una perdita, ossia una privazione di un valore personale, quindi non è un danno risarcibile in quanto la vittima non è più in vita. La perdita, in cui consiste il danno risarcibile, presuppone l'esistenza in vita della persona offesa. Per dirla con Wittgstein⁶: «La morte non è evento della vita. La morte non si vive». Ragion per cui dopo la morte non vi è più una perdita, essendo venuto meno il referente soggettivo del danno. Danno – era il ragionamento – è e non può che essere danno di una persona in vita. Venendo meno la seconda, viene meno anche il primo. Chi non è più non può acquisire un diritto derivante proprio dal non essere più".

⁵ Cendon-Sapone, *Verso un a nuova stagione (esistenzialista) del diritto privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 247.

⁶ Wittgstein, in *Tractatus logico-philosophicus*, Einaudi, 1998, 107.

Gli unici interventi, tali da preservare l'interesse alla vita, sono quelli preventivi-protettivi dello stesso, incidenti però sull'autore della lesione, in quanto volti a realizzare una pubblica funzione "punitiva-deterrente", attuati prima che sia compromesso l'interesse alla vita (ossia finché la vita c'è), poiché dopo, qualunque sia la possibile reazione, dal punto di vista del portatore dell'interesse non c'è più niente da fare. In linea di principio si direbbe che non esistono rimedi. E si capisce perché, a queste condizioni, in genere negli ordinamenti la reazione alla violazione dell'interesse alla vita è prevista nell'ambito del diritto pubblico. La veste giuridica che si dà al "fatto" della mancanza, o meglio dell'inesistenza di un soggetto (il titolare del diritto alla vita) che possa concretamente avvantaggiarsi del rimedio risarcitorio, è:

1) «la mancanza di capacità giuridica», il principale argomento, da sempre addotto a sostegno della irrisarcibilità del danno da perdita della vita in sé. Finora è stato considerato un ostacolo preclusivo, in quanto la mancanza della capacità giuridica non è altro che mancanza dei prerequisiti essenziali ai fini dell'acquisizione di un diritto risarcitorio e della conseguente trasmissione *iure haereditatis*.

Gli altri argomenti principali posti a fondamento della irrisarcibilità di quello che può definirsi il "danno tanatologico",

ossia da perdita del bene vita, in capo alla vittima dell'illecito, sono i seguenti:

2) «Solo il danno-conseguenza (ossia la conseguenza immediata e diretta ex art. 1223 c.c., effettivamente subita) è risarcibile, non anche il danno-evento (la mera lesione dell'interesse protetto)»: è questo il fondamentale principio, assunto quale assioma incontestabile, fatto proprio dalle Sezioni Unite del 2008⁷. Sostenendo un tale assunto si afferma che i danni-conseguenze sono sempre successivi alla morte e pertanto colpiscono la vittima ormai priva di capacità giuridica, non più soggetto di diritto.

3) Le azioni strettamente personali non si trasmettono agli eredi. Si è sostenuto al riguardo che il carattere strettamente personale del diritto al risarcimento del danno non patrimoniale, come è per l'appunto il danno tanatologico, va a riflettersi sulla relativa azione, che non potrà quindi trasmettersi ereditariamente.

4) L'impossibilità (come detto) per la vittima di beneficiare del risarcimento, ormai defunta. Si prospetta così il problema della funzione che il risarcimento del danno

⁷ Cass. Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972: «va disattesa la tesi che identifica il danno con l'evento dannoso [...] è del pari da respingere l'affermazione che nel caso di lesione di valori della persona il danno sarebbe in *re ipsa*, perché la tesi snatura la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata di un comportamento lesivo» ma va provato ex art. 2697 c.c.

tanatologico verrebbe ad assolvere, in quanto, essendo il risarcimento fruito esclusivamente dagli eredi, estranei al danno da morte, più che una funzione risarcitoria verrebbe ad assumere una funzione punitiva, adombrando così lo spettro dei “*punitive damages*” statunitensi, riconosciuti dalla nostra giurisprudenza estranei al nostro ordinamento. Per di più è l’assenza di conseguenze dannose, patite dopo la morte dal *de cuius*, che priverebbe il risarcimento della sua naturale funzione reintegratoria, non ravvisandosi perdite da rispristinare.

- 5) L’insensibilità morale della vittima. Dal momento che la morte non provoca sofferenza morale nella vittima, si sostiene che il danno morale non è risarcibile e quindi intrasmissibile. Ma come è evidente, in tale assunto si ravvisano tracce della ormai superata concezione che identificava il danno non patrimoniale nel solo danno morale soggettivo, ossia nel patema d’animo.

Il dibattito in tale ambito non è nuovo, ma trova le sue origini fin dai primi del novecento. Per risolvere al meglio il problema di oggi, riteniamo necessario ripercorrerne la storia, ripercorrere cioè le diverse soluzioni date al controverso tema

dei danni da morte. Infatti, come sostenuto da Scarano⁸: «negare alla vittima il ristoro per la perdita della propria vita significa determinare una situazione effettuale che in realtà rimorde alla coscienza sociale», ossia si nota che la reazione che si ferma solo sul piano pubblicistico (volta meramente a inibire le azioni di violazione e non a realizzare l'interesse primario leso) è forse inappagante. In virtù della percezione dell'ingiustizia sostanziale di un vuoto di tutela civile per quanto concerne l'ambito dei danni da morte, dottrina e giurisprudenza hanno ideato, e a volte anche "inventato", possibili soluzioni che si accordassero armonicamente, per quanto possibile, con le categorie giuridiche del loro tempo. È per questo che riteniamo necessario ripercorrere le diverse soluzioni, espressioni di esigenze ancora attuali, di compromessi tra la logica formale dei concetti e la logica argomentativa dei valori, e funzionali a risolvere al meglio quello che tuttora è un problema *in fieri* a fronte dell'implacabile dibattito che lo contorna.

2) I PRIMI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA

Per la prima volta, nel lontano 1925, nella giurisprudenza delle Sezioni Unite fece la sua apparizione il controverso tema dei

danni da morte, cagionata dal fatto illecito altrui, in una veste giuridica ancora alquanto rudimentale. La sentenza delle Sezioni Unite della suprema Corte di Cassazione n. 3475/1925⁹ afferma: “se le azioni spettanti agli eredi, in tale qualità, non possono logicamente e giuridicamente essere se non quelle stesse che avrebbe potuto esercitare il *de cuius*; ne segue che intanto è possibile l’esperimento *iure hereditatis* di un’azione di danni dipendenti dalla morte di una persona, in quanto il diritto al risarcimento fosse acquisito già a costei, nel momento del decesso. Ma se tali danni, in quanto derivanti dalla morte, non possono logicamente non essere a questa successivi; è evidentemente assurda la concezione, rispetto ad essi, di un soggetto originario di diritto che più non esisteva quando i medesimi si verificarono. Ed allorché in contrario deducesi che l’azione di danni nasce non dalla morte, ma dalla lesione che ha causato la morte, e che fra questa e la lesione stessa deve pur sempre intercedere un intervallo di tempo che, per quanto minimo fino all’attimo, è sufficiente a che, durante il suo corso, il lesionato acquisti il diritto ai danni derivanti dalla lesione; [...] se è alla lesione che si rapportano i danni, questi entrano e possono logicamente entrare nel patrimonio del lesionato solo in quanto e fin quando il medesimo sia in vita. Questo spentosi, cessa anche

⁹ Cass. Sez. Unite 22 dicembre 1925, n. 34375, in *Giur. it.*, 1926, I, 1, c. 224.

la capacità di acquistare che presuppone appunto e necessariamente l'esistenza di un soggetto di diritto. Onde, in rapporto alla persona del lesionato, come soggetto dell'azione di danni, questi restano senz'altro confinati nell'ambito dei danni verificatisi dal momento della lesione a quello della morte, ed è solo rispetto ad essi che gli eredi possono agire *iure hereditatis*. Del resto, è [...] precisamente nel senso dell'esclusione di un'azione *ex iure hereditatis* ai danni dipendenti dalla morte di una persona, che questo supremo collegio ha ripetutamente pronunciato [...]. Infatti, si deduce che la Suprema Corte di cassazione era ormai persuasa da tempo che: "il danno che i congiunti possono fare oggetto di azione per risarcimento, a cagione di morte derivante da altrui colpa, è quello che emerge da lesione di diritti loro propri; l'azione non fa parte del patrimonio del defunto e quindi non è trasmessa per titolo di eredità".

Quindi, la risarcibilità di un danno ha per condizione la percezione della perdita del bene leso dal danno stesso, percezione che, in quanto tale, non può che presupporre la vita, ossia la convivenza del danneggiato con la perdita. Tale percezione è la condizione per l'acquisizione nel patrimonio della vittima e per la conseguente trasmissibilità agli eredi - in caso di morte della stessa - del relativo diritto di credito al risarcimento.

Tuttavia, è il danno biologico, ossia il danno alla salute, lesione all'integrità psico-fisica, e non il danno al diverso bene, la "vita", a presupporre la permanenza in vita del soggetto leso. Infatti, la suprema Corte di Cassazione sostanzialmente afferma che il solo danno, "proprio del *de cuius*", risarcibile e quindi trasmissibile *iure hereditatis*, è quello che "convive" con la sua vittima anche se solo per un breve lasso temporale «che, per quanto minimo fino all'attimo», consenta al lesionato di acquisire nel suo patrimonio il diritto al risarcimento di quei soli "danni-conseguenza" con cui ha convissuto. È il danno derivante dalla lesione, patito dalla vittima nel tempo tra la stessa e la morte.

In questi termini, la fonte del diritto al risarcimento è, per le Sezioni Unite, la lesione¹⁰ all'integrità psico-fisica, purché questa si sia tradotta in una perdita effettivamente patita dalla vittima. Fonte non è (e non può essere) la morte, quale perdita del bene vita, in quanto nessun danno ne deriverebbe in capo al *de cuius*, poiché i soli danni che ne conseguono sono successivi ad essa, privi di un titolare, e pertanto da questi "impercepibili".

Infatti, gli unici danni che deriverebbero dalla perdita della vita sono quelli in capo ai congiunti, da questi subiti iure proprio e non quali eredi.

¹⁰ Gentile, *Danni da morte*, in *Enc. dir.*, vol. XX, pag. 669: «ammesso pure un intervallo tra i due momenti (lesione e morte), la vittima in questo intervallo non può conseguire altro diritto che quello derivante dalla lesione, non quello derivante dalla morte»

Il problema è cioè quello del momento in cui il diritto entra nel patrimonio della vittima dell'illecito fatale, poiché, naturalmente, nel caso di morte immediata, ossia contemporanea alla lesione mortale, le Sezioni Unite escludono la risarcibilità del danno per l'impossibilità di acquisire il diritto al risarcimento, avendo la vittima ormai perduto, unitamente alla vita, la capacità giuridica, ossia l'attitudine alla titolarità di diritti.

La giurisprudenza della Cassazione e la maggioritaria dottrina hanno così ritenuto che i soli aventi diritto al risarcimento del danno conseguente alla morte della vittima fossero i congiunti *iure proprio*, facendo cioè valere un proprio diritto "originario" al risarcimento del danno da loro direttamente subito, e non *iure hereditario*, ossia in qualità di eredi della vittima, agenti perché venga loro devoluto il risarcimento del danno subito dal *de cuius*. Questo era l'orientamento dominante e ed è rimasto per lo più unanime fino ai nostri giorni¹¹.

La Cassazione, in particolare, è, come si evince, ben lontana dal pensare a una perdita del diverso bene della vita, come tale e in quanto tale risarcibile in capo alla vittima, e di conseguenza trasmissibile *iure hereditatis*.

¹¹ Orientamento che trova un preciso parallelo nel diritto francese: G.Viney, La responsabilité: conditions, in *Traité de droit civil*, dir. da J. GHestin, Paris,

Paradossalmente quasi, mentre oggetto di tutela dovrebbe essere la perdita del supremo bene, la vita, si protegge invece solo ciò che presuppone la vita stessa, ossia solo una sua menomazione, una sola “parte”, perché non vi sono efficaci strumenti giuridici, o meglio, usando le parole di Lipari, “categorie giuridiche” idonee a tutelare “il tutto”. È come se la giurisprudenza, e in particolare la Cassazione, così come la maggioritaria dottrina, avessero più che “ignorato”, “tentato di aggirare” il problema (nodo) della risarcibilità della vita, in sé e per sé intesa, non considerandolo, o meglio non chiamandolo con il suo nome. Tuttavia, attraverso “soluzioni di compromesso”, dando per assodato, “assunto quasi incontestabile”, la sua irrisarcibilità, hanno attribuito una pretesa risarcitoria autonoma in capo ai congiunti della vittima, per danni che essi stessi hanno subito in conseguenza della morte della vittima, dimenticandosi della stessa vittima dell’illecito. Altre volte hanno vestito la “vita”, bene supremo dell’uomo, di abiti non suoi, inserendola “a forza” nella categoria di un diverso bene, per giunta presupponente la stessa, la “salute”, che però non riesce ad esaurirla *in toto*. La *ratio* dei molteplici “compromessi” cui la Cassazione, così come la maggioritaria dottrina, è approdata in questi anni, può rinvenirsi in un’esigenza di giustizia sostanziale che l’ha spinta a dover dare qualcosa “in cambio della vita”.

Espressione della prima tendenza, che oserei definire “negazionista” dell’esistenza di una perdita e della relativa percezione, è stata una prima giurisprudenza di merito, immediatamente successiva alle Sezioni Unite del 1925, che ne ha seguito le orme.

Infatti, molti tribunali di merito si pronunciarono sull’argomento in questi termini: «i genitori di un ragazzo di tenera età, morto in seguito a sinistro, hanno diritto verso i responsabili al risarcimento dei danni per mancata futura prestazione di alimenti e di assistenza da parte dello stesso»¹². «Il risarcimento del danno dovuto ai genitori per la perdita di un figlio giovinetto va ragguagliata alla perdita sofferta per la mancata utilità del suo lavoro nell’azienda familiare. Inoltre, trattandosi di omicidio colposo, essi hanno diritto al risarcimento del danno non patrimoniale»¹³. «La madre ex iure proprio può domandare il risarcimento dei danni per la morte del figlio minore a chi ne fu causa, condannato per omicidio colposo [...]»¹⁴. «L’azione della madre per conseguire il risarcimento dei danni derivatili per la morte del figlio non può essere promossa che iure proprio e la

¹² A. Brescia, 6 febbraio 1935, Pesenti c. Zambelli, Foro Lomb., 1935, 79.

¹³ A. Milano, 13 luglio 1934, Soc. auto-pubbliche Itlaia c. Molinari, Resp. civ., 1935, 197.

¹⁴ A. Venezia, 27 luglio 1934, Baschiera c. Finco, Foro Venezia, 1935, 159.

madre deve dare la prova che riceveva gli alimenti dal figlio¹⁵». «Se [...] del gas [...], penetrando per infiltrazione attraverso il muro, nella casa, abbia provocato la morte di persone, la società deve rispondere di omicidio colposo. [...]. Caso nel quale per la morte di un padre e di un figlio fu assegnata per titolo di danno morale la somma di lire [...] a favore personale della moglie e madre e di ciascuna delle figlie e sorelle, avuto riguardo alla tragica morte simultanea dei due congiunti, alla perturbazione dell'ordine familiare, alla perdita dell'appoggio morale e della assistenza che avrebbero dato i congiunti stessi»¹⁶. Dalle massime citate, risalenti agli anni 1934-35, si evince che la risarcibilità era limitata ai soli danni patrimoniali e non patrimoniali, patiti direttamente e immediatamente dal congiunto rimasto in vita *iure proprio*, ossia a titolo diverso, autonomo e indipendente da quello del danno patito dalla vittima. Un tale indirizzo è rimasto costante negli anni immediatamente successivi: «Il padre che, in seguito a sentenza irrevocabile di condanna per omicidio colposo in danno di un proprio figlio e per lesioni personali colpose in danno di un altro figlio, inizi giudizio di liquidazione del danno *iure proprio* a lui spettante per l'omicidio, non può, nello stesso giudizio,

¹⁵ A. Milano, 29 novembre 1934, Bresciani c. Marcati, Foro Lomb., 1934, 327

¹⁶ T. Milano, 9 maggio 1935, Besana c. Soc. servizi pubblici, Mon. Trib., 1935, 745.

concludere, in rappresentanza del figlio minore leso, anche per la liquidazione del danno a costui se uno solo dei genitori agisce in giudizio per la liquidazione del danno a lui attribuito dalla sentenza penale di condanna per omicidio colposo del figlio, rimane all'altro genitore il diritto di risarcimento del danno anche a lui cagionato da tale reato"¹⁷.

“Chi richiede i danni agendo per la morte di un congiunto iure proprio [...] deve pure dimostrare l'esistenza di un suo pregiudizio economico giuridicamente protetto derivante dalla morte del congiunto"¹⁸. “In tema di risarcimento danni derivati dalla morte di persona, è risarcibile soltanto il danno consequenziale alla violazione di un diritto subiettivo, basato sulla legge o sul contratto. Non è pertanto sufficiente a rendere risarcibile il danno un rapporto di fatto tra la vittima e il danneggiato, ma è necessario un rapporto di diritto, legale o contrattuale; così non ha legittimazione al risarcimento dei danni, in caso di morte del figliastro, la matrigna che da esso riceveva assistenza morale e materiale senza averne diritto"¹⁹. “I congiunti della vittima, tenuta *ex lege* alla prestazione, anche se non attuale, degli alimenti verso di essi, agiscono *iure proprio* e

¹⁷

¹⁸ A. Genova, 31 ottobre 1940, Paolicchi c. Bernacca, Temi gen., 1941, 387.

¹⁹ A. Torino, 26 novembre 1940, Ottino c. Borgarelli, Giur. Tor., 1941, 214; Mon. Trib., 1941, 419.

*non iure hereditario*²⁰. “Il diritto al risarcimento nei casi di morte della vittima spetta *iure proprio* e non *iure successionis* esclusivamente a quelle persone che per legge o per contratto avessero diritto nei confronti del defunto alla somministrazione di determinate utilità economiche”²¹. “L’azione per risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali, come conseguenza della uccisione di una persona, si esercita *iure proprio* e non *iure hereditatis*; pertanto, l’azione esercitata dal padre per la morte di un figlio assorbe ogni diritto degli altri componenti della famiglia, i quali, dopo che il padre abbia ottenuto il risarcimento dei danni conseguenti alla perdita sofferta, non possono proporre una successiva azione per il maggior danno. [...]”²².

“In caso di omicidio colposo, in cui la morte sia conseguenza istantanea dell’atto illecito, i prossimi parenti dell’ucciso, che siano stati danneggiati dall’evento mortale, acquistano immediatamente, non quindi per trasmissione ereditaria, un diritto al risarcimento del danno”²³. “Essendo il diritto dei familiari al ristoro dei danni, per la morte di colui che provvedeva al loro sostentamento, autonomo ed indipendente, la loro azione instaurata a tale scopo non può essere impedita dalla

²⁰ T. Sondrio, 11 dicembre 1952, Gianoni c. Moretti, Circolaz. e trasp., 1953, 512.

²¹ T. Trani, 3 marzo 1953, Scommegna c. Lattanzio, Corti Bari, Lecce e Potenza, 1953, 169; Dir. atom., 1953, 585; Infortuni, 1954, II, 94.

²² T. Roma, 1 luglio 1952, D’Aquanno c. Cosmi, Temi romana, 1953, 12.

²³ T. Matera, 31 maggio 1952, Baione c. Montesano, Giur. it., 1953, I, 2, 761; Dir. autom., 1953, 573.

transazione stipulata dallo stesso sinistrato, per il proprio e personale danno. La transazione stipulata dal defunto anche circa i danni futuri non ostacola l'azione dei congiunti che agiscono *iure proprio*, non *iure hereditatis*²⁴.

A ulteriore conferma di un tale decennale orientamento della giurisprudenza, non solo di merito, ma perfino del supremo collegio, una decisione della cassazione del 1959 in motivazione afferma che: “gli eredi dell’ucciso non avevano diritto ad agire *iure hereditatis* per essere indennizzati delle somme corrispondenti ai mancati guadagni del *de cuius*, sia perché questi, con la morte perse la capacità giuridica e non era quindi ipotizzabile alcuna pretesa a risarcimento di danni sorti successivamente ed a causa del decesso, e sia perché, in conseguenza, non poteva trasmettere ad altri diritti che egli non avesse”²⁵. Tale massima ricalca quanto già espresso dalle Sezioni Unite del 1925, ossia che: “gli eredi del viaggiatore colpito dal sinistro mortale durante il trasporto, [...] non possono esercitare l'azione di risarcimento di danni *iure hereditatis*, ma solo *iure proprio*. Gli eredi, invece, possono agire *iure successionis*, ed entro i limiti del danno effettivamente sofferto dal *de cuius* solo nel caso che fra il trauma subito dal viaggiatore e la morte dello

²⁴ T. Roma, 24 aprile 1952, Tavolini c. A.t.a.c., Dir.autom, 1953, 407.

²⁵ In tali termini la motivazione Cass. civ. 7 aprile 1959, n. 1011, in Giust. Civ., 1959, I, 1278.

stesso corra uno spazio di tempo tale da concretare un danno risentito dalla vittima, non indennizzato”.

Negli anni successivi, la Suprema Corte di Cassazione ha continuato sulla stessa scia delle Sezioni Unite e dei Tribunali di merito che vi hanno fatto seguito, in questi termini: “Quando in conseguenza di un fatto illecito altrui si sia verificata la morte di un figlio minore, i genitori hanno diritto *jure proprio* al risarcimento dei danni attuali (spese mediche, funerarie *etc.*) e dei danni futuri [...]”²⁶.

La motivazione della sentenza 25 ottobre 1965, n. 2249²⁷ della Suprema Corte di Cassazione afferma, ponendosi anch’essa sulla “lunga” scia delle Sezioni Unite del 1925, che: «non v’ha dubbio – nonostante alcuni ingegnosi tentativi in contrario, rinnovati anche in tempo recente da una parte della dottrina – che il diritto al risarcimento dei danni extracontrattuali a favore dei prossimi congiunti di persone decedute a seguito di un fatto illecito [...] compete a detti soggetti esclusivamente *iure proprio*, cioè a riparazione dell’offesa arrecata al loro preesistente patrimonio materiale e morale, essendo, a questo riguardo, del tutto irrilevante che essi rivestano, o non rivestano, contemporaneamente, la qualità di eredi della vittima. Per

²⁶ Sez. terza, Cass. civ., Sentenza n. 817 del 02/04/1963 (Rv. 261124)

²⁷ In Resp. civ. prev., 1966, 128.

potersi parlare di diritto ereditario e per ammettere, quindi, l'erede, in quanto tale e nei limiti della sua quota, ed anche se nessun danno economico o morale egli avesse sofferto al proprio preesistente patrimonio, ad esercitare l'azione dei danni da uccisione, escludendo, per converso, il prossimo congiunto che, pur danneggiato, nessun diritto potesse vantare sull'eredità, occorrerebbe ammettere che il diritto al risarcimento dei danni, per il fatto dell'uccisione, fosse un diritto entrato nel patrimonio del defunto prima che morisse, il che è assurdo, derivando tale diritto appunto ed esclusivamente dal fatto dell'uccisione».

Questa stessa Cassazione conclude affermando quindi che «i prossimi congiunti della persona che in conseguenza di un fatto illecito altrui sia istantaneamente deceduta non hanno diritto a titolo ereditario, ma *iure proprio*, al risarcimento del danno derivato dall'evento letale».

“Nel caso di persona deceduta a causa di fatto illecito altrui, i prossimi congiunti possono chiedere il risarcimento dei danni agendo o *iure proprio*, per ottenere la riparazione dell'offesa arrecata al loro patrimonio materiale e morale, essendo irrilevante la loro eventuale qualità di eredi, ovvero *iure haereditario*, ciascuno nei limiti della propria quota, onde ottenere la riparazione dei danni sofferti in vita dal defunto e far valere così il diritto al risarcimento già entrato a far parte del

patrimonio di questo ultimo [...]”²⁸, ossia potrà agirsi *iure hereditario* per danni con cui la vittima stessa ha “convissuto”, consentendo così alla stessa di acquisire il diritto di credito risarcitorio relativo e trasmetterlo per successione ereditaria. Si evince quindi da tale pronuncia, sulla scia delle precedenti, che ai fini della trasmissibilità del diritto al risarcimento agli eredi, è necessaria l’acquisizione al patrimonio del *de cuius*. Condizione di una tale acquisizione è, a parere della prevalente giurisprudenza e dottrina, la sussistenza di un lasso temporale tra la lesione e la morte stessa, così che risarcibili saranno solo i danni antecedenti all’evento morte, e mai quelli derivanti dalla stessa in quanto ciò è logicamente e giuridicamente inconcepibile.

“Nell’ipotesi di persona deceduta a causa di un preteso fatto illecito altrui, i prossimi congiunti possono chiedere il risarcimento dei danni agendo o *iure proprio*, per ottenere la riparazione della offesa arrecata al loro patrimonio materiale o morale, restando in tal caso irrilevante la loro qualità di eredi, ovvero *iure hereditario*, cioè facendo valere tale qualità e nei limiti della relativa quota, onde ottenere la riparazione dei danni sofferti in vita dal defunto e così far valere il diritto al risarcimento già entrato a far parte del patrimonio di quest’ultimo, restando affidata all’apprezzamento del giudice di merito

²⁸ Sez. terza cass. civ., sentenza n. 31 del 5 gennaio 1979 (Rv. 396042), Presidente: Speciale E.

l'identificazione della concreta sussistenza dell'una o dell'altra ipotesi, o del cumulo di entrambe, con riferimento a tutto il comportamento processuale [...]"²⁹.

3) GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA FINO ALLA SENTENZA DELL'ANDRO

Ancor prima e della "remota" pronuncia delle Sezioni Unite del 1925, la quale ha segnato l'ingresso nella giurisprudenza della dibattuta questione dei danni da morte, alcune voci si sono levate dalla dottrina a favore della tutela risarcitoria della vita e della conseguente trasmissibilità *iure hereditatis* della relativa pretesa, rompendo così quel silenzio che circondava e che per lo più continuerà a circondare il bene vita.

Nel 1906 il Chironi riportava quello che era il dominante orientamento nella dottrina del suo tempo: «si ritiene che se la persona offesa sia morta per subito effetto dell'atto ingiusto, nessun diritto al risarcimento sia potuto nascere a lei, né sia quindi, esso entrato nel patrimonio ereditario»³⁰. Egli, invece, affermava: «si consideri che la responsabilità dell'agente esiste intera appena compiuto l'atto illecito e

²⁹ Sez. terza, sentenza n. 75 del 6 gennaio 1983 (Rv. 424869)

³⁰ App. Parigi, 8 febbraio 1896 (j. Du P., 1899, 2, 215). Cfr. Sourdat, il quale ritiene peraltro che la questione non ha rilievo riguardo al coniuge e ai figli, che hanno, per la loro condizione, un diritto proprio a chiedere l'indennità, senza derivarlo dalla condizione di erede. La decisione ha in sé un vizio di incertezza non lieve, dovendosi sempre separare il diritto alla riparazione per ingiuria direttamente avuta, dall'azione che spetta per diritto derivato.

l'obbligazione sua di rispondere, e quindi di risarcire, nasce nel medesimo punto in cui commette l'ingiuria; ond'è in pari tempo acquistato all'offeso il diritto, che viene così trasmesso agli eredi succedenti nel compendio giuridico patrimoniale dell'autore»³¹. Quindi, fin dai primi anni del secolo scorso, un autore riconosce la risarcibilità dell'intero danno alla vita, in sé e per sé considerata, affermando che la responsabilità dell'agente esiste "intera", per il tutto, ossia anche per la morte; egli si pone dal punto di vista di ciò che la perdita del bene vita rappresenta per la vittima, un autore che "supera" il problema del momento di acquisizione del diritto al risarcimento nel patrimonio del defunto, fissando il momento del sorgere della responsabilità nel "medesimo punto in cui commette l'ingiuria", quando la vittima è ancora in vita, capace cioè di divenire titolare e di trasferire il diritto al risarcimento *iure successionis*, perché «la vita che si spegne è pur sempre vita»³². L'autorevole dottrina continua sostenendo che: «Si potrebbe ancor dire, che la responsabilità esiste condizionalmente fin dall'istante in cui l'agente ha pel suo fatto posto una persona in tale stato da poterne avere ingiuria, il cui avvenimento segna l'avverarsi della condizione per cui la responsabilità e la conseguente obbligazione al risarcimento hanno esistenza concreta; ed il diritto corrispondente, non potendosi esercitare dal defunto offeso, lo

³¹ Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale*, II, 1906, pag. 457.

³² Chironi, *op. cit.* pag 457.

è dagli eredi, i quali non istituiscono l'azione quasi chiedendo di essere risarciti perché la morte prematura del *de cuius* abbia impedito che godessero d'una successione più pingue, non esercitano un diritto proprio ma un diritto che nella persona dell'autore ha preso giuridica consistenza»³³.

Sulle orme di questa dottrina, nel 1914, il Carnelutti, nel suo celebre saggio "*Natura del diritto dei superstiti nella legge degli infortuni*"³⁴, riporta la *communis opinio* di quel tempo, la quale escludeva che *l'indennizzo per la uccisione di un uomo*³⁵ spettasse all'erede. La ragione di ciò stava nel fatto che se il diritto sorge per il fatto della morte, il diritto non poteva esistere nel patrimonio del vivo prima che morisse³⁶. Si condivide un tale ragionamento, solo a condizione che se ne derivi la conseguenza che, qualora coincidano perfettamente il fatto illecito e la morte, il diritto al risarcimento non sia mai spettato al defunto. Così che il Carnelutti afferma che: "se Tizio muore sul colpo per la fucilata di Caio, non so come possa acquistare, quand'è morto, il diritto a essere indennizzato. Tutto ciò che si dice in contrario si risolve in una finzione, in una inutilità o in un assurdo: è una finzione

³³ Chironi, op. cit. pag. 458.

³⁴ Carnelutti, *Natura del diritto dei superstiti nella legge degli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, p. 404 ss.

³⁵ Carnelutti, *Natura del diritto dei superstiti nella legge degli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, p. 404.

³⁶ Cfr. Venezian, *Del danno e del risarcimento fuori dei contratti*, 1884/1886, p. 155; Ferrini, *Delitti e quasi delitti*, voce del *Dig. It.*, n. 130, pag. 800; Cesareo-Consolo, *Trattato del risarcimento del danno in materia di delitti e quasi-delitti*, n. 13, p. 650 ss.; Navarrini, *Se in caso di morte per infortunio dell'operaio assicurato gli eredi conseguano l'indennità iure proprio oppure iure haereditario*, *Giur. it.*, 1896, II, 449.

immaginare che Tizio acquisti il diritto nell'istante stesso in cui cessa di esserne titolare³⁷". Tuttavia, si disconosce a tale ragionamento ogni valore, nella parte in cui se ne derivi un'altra conseguenza, ossia che, non sorgendo il diritto al risarcimento in capo al defunto, esso non spetta neppure all'erede, poiché si ravvisa un "salto logico" tra le due proposizioni. Che una tale affermazione faccia acqua da ogni parte si evince innanzitutto da un primo rilievo: la differenza radicale tra le situazioni giuridiche sarebbe conseguenza di una differenza di fatto addirittura trascurabile, ossia che l'erede sarà o meno titolare del diritto all'indennizzo per morte, a seconda che "la fucilata dell'assassino abbia lasciato vivere la vittima ancora qualche attimo o la abbia freddata sul colpo!". Ciò perché, se nella prima ipotesi la vittima continuando a vivere per un po', potrebbe così acquisire nel suo patrimonio e quindi trasmettere *iure haereditario* quel diritto al risarcimento, nella seconda ipotesi, al contrario, l'immediatezza della morte impedirebbe un tal acquisto e la conseguente trasmissione ereditaria. "*Credo che non vi sia alcuno, dotato di mediocre senso giuridico, che non senta repugnanza ad accogliere questa disparità di soluzioni*": sono le parole di codesta autorevole dottrina a commento di una tale *communis opinio*, secondo la quale deve distinguersi tra "diritto al danno per il ferimento, che spetterebbe al ferito e dopo la sua

³⁷ Sourdat, *Traité generale de la responsabilité*, n. 57 bis; Baudry-Lacantinerie e Barde, *Des obligations*, vol. III, parte 2^a, n. 2284, p. 1118; De Porcellinis, *Il diritto dei viventi a carico dell'operaio infortunato*, *Riv. di dir. pubbl.*, 1911, 2,232.

morte all'erede, e diritto al danno per la uccisione, che non spetterebbe mai né quello né a questo", ma al superstite iure proprio. Tuttavia l'Autore ammette una tale distinzione limitatamente al danno emergente (spese di cura; spese mortuarie) e non sempre (come nel caso in cui il ferimento sia seguito quasi immediatamente dalla morte), e non per quanto concerne il lucro cessante, in quanto la distinzione sotto quest'ultimo punto di vista è inconcepibile. Da questo lato infatti, "quale sarà la parte di risarcimento spettante all'erede in confronto del superstite e viceversa? Bisognerebbe concludere che quando il ferimento conduce il ferito alla morte, il diritto al risarcimento non spetta all'erede quantunque il ferito sia vissuto, poco o molto, dopo l'avvenimento della lesione; ma una conclusione siffatta non è più sostenuta dal motivo, qui esaminato, che il diritto al risarcimento non possa sorgere nel patrimonio del colpito"³⁸. Perciò il Carnelutti rileva una incoerenza irreparabile delle due soluzioni per il caso di morte immediatamente o non immediatamente successiva alla lesione. Nonostante sia una finzione quella di immaginare che un soggetto, ucciso sul colpo, possa acquisire, nell'istante stesso in cui cessa di esserne titolare, il diritto al risarcimento del danno, ciò non può comportare che l'erede non abbia il diritto al risarcimento. Se si affermasse il contrario, si determinerebbe una radicale differenza di

³⁸ Carnelutti, *Natura del diritto dei superstiti nella legge degli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, p. 404 ss.

situazione giuridica per una differenza di fatto, relativa all'istantaneità della morte, di scarsa rilevanza.³⁹

L'Autore si chiede se è proprio necessario, perché un diritto sia parte del patrimonio ereditario e spetti conseguentemente all'erede, che esso sia sorto durante la vita del defunto. In risposta a un tale interrogativo, fa un efficace esempio: "se il frutto della bestia pregnante non nasce che dopo la morte del proprietario, il diritto su quel frutto, il quale pure non nasce che dopo la morte del proprietario, il diritto su quel frutto, il quale pure non sorge, nella sua figura autonoma, prima della separazione, cesserà perciò di essere ereditario? Certamente no, perché il diritto che lo genera esisteva nel patrimonio del defunto"⁴⁰. Il diritto fa parte dell'eredità a condizione che il diritto, che lo genera, esistesse già nel patrimonio del defunto. Nel patrimonio del defunto esisteva il diritto all'integrità del proprio corpo, ossia il diritto alla conservazione della propria vita. Questo diritto è il presupposto necessario del diritto al risarcimento per la uccisione⁴¹. Il primo elemento da avere sott'occhio – affermava infatti l'Autore - è il diritto, la cui violazione costituisce la illiceità dell'atto e obbliga a ripararne le conseguenze [...]. Se non ci fosse il diritto all'integrità del corpo umano, e se l'uccisione non ne costituisse un'offesa, non ci sarebbe neppure il diritto al

³⁹ Carnelutti, *Infortuni sul lavoro*, vol. II, Roma, 1914, p. 126 ss.

⁴⁰ Carnelutti, *Natura del diritto dei superstiti nella legge degli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, p. 404.

⁴¹ Giustamente Fadda e Bensa, *Note al Diritto delle pandette* di Windscheid, libr. II, p. 610 pongono "il diritto al risarcimento del danno nel caso di lesioni personali" fra le "conseguenze pratiche assai importanti" del riconoscimento del diritto sul proprio corpo.

risarcimento per la uccisione; il diritto al risarcimento nasce infatti dal rapporto giuridico (assoluto) costituito per la tutela dell'integrità del corpo umano o della conservazione della vita individuale, e "di questo è una sequela o una germinazione, in perfetta analogia, sotto il profilo della connessione genetica, col diritto sul frutto separato dalla cosa in rapporto al diritto di proprietà sulla cosa"⁴². Se nel patrimonio del soggetto danneggiato esiste il rapporto giuridico da cui nasce il diritto al risarcimento per la sua uccisione, il fatto che questo diritto sorga nel momento stesso in cui il titolare cessa di vivere non impedisce che tale diritto faccia parte dell'eredità. La situazione è la medesima che si avrebbe nell'ipotesi in cui, nell'istante medesimo della morte, venisse violato un altro diritto del titolare: "chi negherà all'erede, come tale, il diritto al risarcimento contro chi abbia, nell'atto stesso in cui Tizio moriva, rubato il suo portafoglio?"⁴³. Tuttavia, il comune pensiero dominante era che "non possa nel patrimonio di un vivo esistere il diritto sul proprio corpo in un aspetto che presuppone la cessazione della vita"⁴⁴. Il Ferrini⁴⁵ infatti, come il Venezian⁴⁶ condivide le frasi di una decisione della Corte di Messina: "importa contraddizione nei termini e nel concetto vivere e avere diritto al risarcimento che viene

⁴² Canelutti, *Natura del diritto dei superstiti nella legge degli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, p. 404 ss.

⁴³ Canelutti, *Natura del diritto dei superstiti nella legge degli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, p. 404 ss.

⁴⁴ Canelutti, *Natura del diritto dei superstiti nella legge degli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, p. 404 ss.

⁴⁵ Ferrini, in *Delitti e quasi delitti*, voce del *Dig. It.*, n. 130, pag. 800, cit. *supra*.

⁴⁶ Venezian, in *Del danno e del risarcimento fuori dei contratti*, 1884/1886, p. 155, cit. *supra*.

dalla morte. Il defunto non acquistò al momento del fatto antigiuridico, compiuto a suo danno, il diritto... all'indennizzo dell'avvenire perduto poiché tale diritto è incompatibile con la vita...". Il problema è che la realizzazione del diritto dipende dalla morte di chi lo ha. Ma questa è a parere dell'autore un'apparente contraddizione, tanto che bisogna chiedersi: perché non si può avere diritto a una prestazione che dipenda dalla propria morte? La ragione non può essere che questa perché trattasi di un diritto la cui realizzazione non può succedere durante la vita del titolare.

Conseguentemente ci si chiede: "è condizione per la esistenza di un diritto che questo si possa realizzare essendo vivo colui cui spetta attualmente?"⁴⁷. Un tal quesito necessiterebbe di una risposta affermativa soltanto a condizione che si considerino oggetto di tutela giuridica i soli interessi materiali e si trascuri il valore attuale della prestazione futura in virtù della circolazione dei diritti (di credito). Anche se la prestazione futura (*post mortem*) non abbia per il titolare alcun valore presente, permane sempre il suo interesse morale o altruistico all'esecuzione della prestazione a favore dell'erede o di un'altra determinata persona. "Perché questo interesse non può formare il midollo di un diritto?". In realtà, un tale impedimento potrebbe sussistere soltanto in uno stadio "involuta" del sistema

⁴⁷ Carnelutti, *Natura del diritto dei superstiti nella legge degli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, p. 404 ss.

giuridico, ove la tutela giuridica si limita agli interessi più immediati e materiali, ma sparisce con l'elevarsi e l'affinarsi dell'ordine giuridico. Espressione di ciò si rinviene nel contratto a favore di terzo, la cui struttura è incentrata tutta sul concetto di un "diritto a contenuto altruistico", ossia il diritto alla prestazione a favore di altri.

Tra i diritti a contenuto puramente morale, vi sono (interessantissime) figure perfino nel campo dell'interesse morale di un soggetto a un dato comportamento altrui dopo la sua morte. Un tipico esempio è il diritto alla disposizione del proprio cadavere e, soprattutto, *l'esecuzione testamentaria*, un "mirabile espediente giuridico per rendere presente, oltre la morte, una volontà specialmente designata per la tutela di quell'interesse"⁴⁸. Inoltre, se si pensa ai casi in cui, invece dell'espressa previsione della morte quale presupposto dell'esecuzione della prestazione, vi sia la fissazione di un termine così ampio da impedire la realizzabilità del diritto nel corso della vita del titolare, non può negarsi che l'interesse alla prestazione eseguibile *post mortem* possa formar oggetto di tutela giuridica. Tale situazione è sostanzialmente identica a quella che verrebbe a crearsi nel caso in cui qualcuno "mi prometta di

⁴⁸ *Personalità giuridica e autonomia patrimoniale nella società e nella comunione*, Riv. del dir. comm., 1912, I, 86. "Secondo me, il soggetto di un diritto è costituito dall'uomo o dall'organizzazione di uomini, cui appartiene l'interesse tutelato dall'ordine giuridico e la volontà decisiva per questa tutela. L'ordine giuridico attribuisce la tutela di un interesse alla volontà di un uomo diverso dal titolare di questo quando la tutela dell'interesse medesimo mediante la volontà del suo titolare non è possibile o non è opportuna. Casi tipici di impossibilità si danno per la tutela dell'interesse del nascituro e del defunto: *il curatore del nascituro* e *l'esecutore testamentario* realizzano mediante una volontà presente la tutela dell'interesse del non nato o del già morto". (Carnelutti)

pagare dopo la mia morte o fra un secolo”⁴⁹. Nessuno in tal caso contesterà che “il diritto esista nel mio patrimonio”⁵⁰. A sostegno di ciò milita il celebre caso del diritto romano laddove, quando si volle aggirare l’ostacolo della nullità della stipulazione a favore dell’erede, dovuta al principio “*obligatio ex heredis persona incipere non potest*”⁵¹, l’espedito si rinvenì nella stipulazione “*mihi et heredi meo dari spondes?*”⁵² senza alcun dubbio, la *stipulatio mihi* conferiva un diritto al promissario anche se, nella realtà dei fatti, l’esecuzione materiale non poteva avvenire se non a favore dell’erede. Non è tuttavia soltanto il mero interesse morale a una prestazione *post mortem* che deve essere considerato al fine statuire sull’esistenza del diritto alla prestazione in questione nel patrimonio del defunto. Infatti, a una tale prestazione *post mortem* può anche rivolgersi un vero e proprio interesse materiale (economico) del titolare. Si ritiene che, se ai tempi di Gaio poteva affermarsi che la *stipulatio “post mortem mea dari spondes”* si traducesse nella: “*heredi meo dari spondes*”⁵³, non deve continuarsi a sostenere una tale equivalenza⁵⁴, ma si deve guardare alla

⁴⁹Carnelutti, *Natura del diritto dei superstiti nella legge degli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, p. 404 ss.

⁵⁰ In tal senso Vivante, a sostegno della osservazione che il capitale assicurato sulla vita appartiene al patrimonio del defunto, osserva che “un credito non cessa di essere proprietà del creditore, *sol perché la sua scadenza è così lontana che egli non potrà riscuoterlo*”, *Trattato di diritto commerciale*, 3^a ed., n. 1993, p. 514; conf. *Assicurazioni*, n. 185, p. 246 e Manenti, *Il contratto di assicurazione sulla vita con designazione di un terzo beneficiario*, *Riv. di dir. civ.*, 1909, 589 e ss.

⁵¹ Gaio, *Inst. III*, § 100.

⁵² Pacchioni, *I contratti a favore di terzi secondo il diritto romano e civile*, p. 82.

⁵³ Gaio, *loc. cit.*

⁵⁴ Cfr. Bonelli, *Le assicurazioni sulla vita e le assicurazioni contro gli infortuni di fronte all’art. 453 c.c.*, *Legge*, 1890, II, 64.

circolazione dei diritti di credito che “consente, nel nostro tempo, di scontarne il valore anticipandone in certa guisa la realizzazione”⁵⁵.

È quanto avviene nel caso di assicurazione sulla vita: il diritto dell'assicurato, anche nella forma dell'assicurazione per il caso di morte, pur avendo per oggetto una prestazione non realizzabile nel corso della sua vita, costituisce un elemento attuale del suo patrimonio, che egli ha spesso convenienza e possibilità di realizzare sotto la forma dello sconto o sotto la forma della garanzia; nessuno in tal caso osa dubitare del fatto che il diritto spetti *in primis* all'assicurato e che il suo contenuto sia, rispetto allo stesso assicurato, non soltanto un mero interesse morale, ma anche un vero e proprio interesse economico. In fondo nel nostro ordinamento giuridico, in assenza della designazione di uno specifico beneficiario, il capitale assicurato spetterà agli eredi⁵⁶, cosa che implica e presuppone la sua considerazione come parte del patrimonio del defunto.

Dunque, dalla circostanza che, anche in mancanza della designazione del beneficiario, il diritto al capitale assicurato per il caso di morte spetti all'erede, si deduce che il diritto all'indennizzo per morte di un uomo spetti comunque all'erede: sia che il diritto sorga dal fatto illecito,

⁵⁵ Carnelutti, *Natura del diritto dei superstiti nella legge degli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, p. 404 ss.

⁵⁶ Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, 3^a ed., IV, n. 2000, p. 577; Vidari, *Corso di diritto commerciale*, 4^a ed., IV, n. 4613, n. 375; Bonelli, *Del fallimento*, parte 1^a, n. 224, p. 382, nota 9; Pipia, *Trattato delle assicurazioni terrestri*, n. 522, p. 626. Contra Manfredi, *Del contratto di assicurazione*, n. 223, p. 294.

sia che sorga da un negozio giuridico, esso sorge sempre nel patrimonio del *de cuius* e diventa così parte dell'eredità.

Altro e diverso quesito è: se la morte di un soggetto – sempre cagionata dall'altrui fatto illecito – costituisca fonte di un diritto al risarcimento anche per soggetti diversi dall'erede. La dottrina prevalente, negando che il diritto spetti all'erede, lo attribuisce invece a una serie di superstiti, per lo più ai familiari, “e almeno ai familiari più prossimi”⁵⁷, senza avvalersi di criteri predeterminati.

Per dare una soluzione al quesito, autorevole dottrina ritiene che occorre partire da un assunto fondamentale: l'obbligo al risarcimento non nasce senza la lesione di un diritto⁵⁸; di conseguenza, bisogna interrogarsi se il fatto illecito che causa la morte, offenda anche un diritto del superstite, al quale attribuire così l'azione risarcitoria⁵⁹. Quel fatto illecito offende innanzitutto e senza dubbio un diritto del defunto, ossia il diritto sul proprio corpo, e, proprio per questo, “l'azione di risarcimento, in quanto germina dalla lesione di quel diritto” spetta all'erede. In tal caso può offendersi anche un diritto altrui? Può, almeno in determinate condizioni, esistere un *diritto alla conservazione della*

⁵⁷ Ferrini, loc. cit.; Venezian, loc. cit.; Cesareo-Consolo, op. cit., p. 650 e ss. Minozzi, Studio sul danno non patrimoniale, § 32 e ss., p. 213 e ss.; Laurent, Principes de droit civil, XX, n. 534; Krainz-Pfaff, System des österr. Allg. Privatrechts, 4^e ed., II, § 394, p. 328.

⁵⁸ Carnelutti, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, 17: «Danno è dunque lesione d'interesse».

⁵⁹ Chironi, op. e vol. cit., n. 493, p. 456; Baudry-Lacantinerie et Barde, Des obligations, t. III, parte 2^a, n. 2884, p. 1118 e ss.

È noto che questa incertezza nella determinazione dei soggetti (attivi) del risarcimento del danno iure proprio abbia dato buon giuoco per la opposizione alla risarcibilità del danno morale: cfr. Gabba, Risarcibilità dei danni morali, Questioni di diritto civile, II, p. 225 e ss.; id., Contributi alla teoria del danno e del risarcimento, Nuove questioni di diritto civile, I, p. 292 e ss.

vita altrui? l'Autore sostanzialmente si chiede "se... e in quali casi, l'interesse, che in tesi generica non può essere negato alla conservazione di un nostro simile sia materia, per ciascuno di noi di tutela giuridica". È pacifico che un tale interesse, in linea generale, non sia tutelato, ossia che l'interesse alla conservazione della vita altrui non costituisca, in genere, il contenuto di un diritto: "se io chiedessi risarcimento per la uccisione del re, per quanto possa essere intenso il mio interesse per la conservazione del monarca, nessuno sognerebbe di riconoscere serietà alla mia azione". Quindi, la sola ed unica domanda è se esistono circostanze speciali, in costanza delle quali si attribuisce a un tale interesse quella tutela di cui è comunemente privo. Guardando ai principi generali, mancando nel nostro ordinamento norme che espressamente statuiscano in tal senso, può riconoscersi un diritto alla conservazione della vita altrui soltanto a chi ha un diritto "dipendente dalla (conservazione) della vita altrui". Un esempio tipico è il diritto agli alimenti nei confronti di un soggetto⁶⁰. "Se io ho diritto agli alimenti contro un tale, ho diritto alla conservazione della sua vita, forse contro di lui medesimo, certamente contro i terzi al pari di lui"⁶¹. Ne consegue che il diritto al risarcimento può riconoscersi, *iure proprio*, al titolare del diritto agli alimenti contro l'uccisore

⁶⁰ «Il riconoscimento dei danni che derivano dall'uccisione dell'«alimentante», viene generalmente inquadrato nella prospettiva della lesione aquiliana del credito», M.V. De Giorgi, *Corte Cost. 27 ottobre 1994, n. 372: Il danno biologico a causa di morte secondo la Corte Costituzionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, p. 421; tra i primi in questo senso: Busnelli, *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milano, 1964, pp. 90 ss., 155 ss.

⁶¹ Carnelutti,

dell'alimentante. “Qui il diritto di risarcimento deve riconoscersi al terzo perché il fatto dell'uccisore lede non solo il diritto alla conservazione della propria vita spettante all'ucciso, ma il diritto del terzo alla conservazione della vita di questo, concepito come elemento, come presupposto o come sequela del diritto del terzo medesimo, il cui esercizio è subordinato alla conservazione di quella vita”. Oltre al caso degli alimenti, ve ne sono altri nei quali la morte di un soggetto può far venire meno per un altro l'esercizio di un diritto, come il caso del contratto di lavoro. Infatti, senza dubbio l'imprenditore ha un diritto “proprio al risarcimento del danno, causato dalla uccisione di un lavoratore, non facilmente surrogabile, poiché nel *conductor operarum* c'è un diritto alla prestazione del lavoro, il cui esercizio è condizionato (ha per presupposto) dalla conservazione della vita del locator.

Da quanto finora esposto, tale alta voce dotto⁶² giunge al seguente duplice risultato pratico: il diritto all'indennizzo *ex delicto* dovuto per la morte di un soggetto spetta

- 1) Al superstite per successione a causa di morte se l'indennizzo è dovuto per la lesione del diritto del defunto alla conservazione della propria vita;

⁶² Carnelutti, *Natura del diritto dei superstiti nella legge degli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, p. 404 ss.

2) Al superstite per diritto proprio se l'indennizzo è dovuto per la lesione del diritto del superstite alla conservazione della vita del defunto.

Per conoscere se al superstite debba attribuirsi un diritto *proprio* o un diritto *successorio*, il criterio discretivo consiste nel verificare se l'attribuzione abbia quale presupposto la lesione di un diritto del defunto o di un diritto del superstite, in quanto tale. Si teme, tuttavia, la mancanza di un dato obiettivo sicuro da cui dedurre l'esistenza del presupposto come diritto del defunto alla conservazione della propria vita oppure come diritto del superstite alla conservazione della vita del defunto e il dovere conseguentemente poggiarsi sul dato, non sempre preciso, della tipologia di relazione intercorrente tra il defunto e il superstite “allo scopo di ricavarne l'indizio se siasi voluto piuttosto trasmettere a lui determinati elementi del patrimonio del defunto che riconoscere a lui un diritto leso dalla uccisione”⁶³.

Si riconosce la tutela risarcitoria della vita in capo alla vittima accanto ad un diritto *iure proprio* in capo al superstite, (diversamente dalla giurisprudenza successiva), ossia un sistema «misto», usando le parole dello Stefani⁶⁴.

⁶³ Carnelutti, *Natura del diritto dei superstiti nella legge degli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, p. 404 ss.

⁶⁴ Stefani, *Il risarcimento del danno da uccisione*, Milano, 1984, p. 16.

Un sistema «misto» è anche quello prospettato dal De Cupis⁶⁵, il quale afferma che: «[...] un duplice titolo di risarcimento esiste per l'uccisione di una persona: il danno subito dal soggetto del bene della vita, ovverosia la lesione dell'interesse di tale soggetto, oltre al danno subito dai congiunti superstiti, alla lesione, cioè, dell'interesse di tali congiunti. A tali distinti danni corrispondono distinti diritti al risarcimento, aventi diverso fondamento ed oggetto; al primo di essi corrisponde il diritto al risarcimento del danno acquistato dall'ucciso prima della sua morte e trasmesso ereditariamente ai suoi successori. Diversi soggetti possono essere titolari dei detti diritti: rispettivamente, gli eredi e i congiunti superstiti. Ma poiché qualità ereditaria e legame familiare con il defunto spesso concorrono nello stesso soggetto, può aversi cumulo, in questo, di due distinti ed autonomi diritti, rispettivamente basati sulla detta qualità e sul detto legame e miranti a conseguire il risarcimento del danno già subito dall'ucciso e del danno proprio, personalmente subito. Nel danno subito dall'ucciso rientra il mancato acquisto, da parte sua, di quei beni patrimoniali che la conservazione del bene vita gli avrebbe permesso di conseguire; l'uccisione, peraltro, libera, insieme, il suo patrimonio dalla passività costituita da taluni obblighi patrimoniali (del mantenimento, degli alimenti) verso

⁶⁵ De Cupis, *Il danno*, 1970, II, p. 116.

determinati congiunti, obblighi subordinati alla sua vita. La menomazione prodotta nel patrimonio dell'ucciso è, dunque, alleviata dalla liberazione di tale passività: si verifica una sorta di *compensatio lucri cum danno* che diminuisce l'entità del diritto al risarcimento acquistato dall'ucciso e trasmesso ai suoi eredi. Al contrario, se si fa valere il diritto originario al risarcimento, basato sul legame con il defunto, si chiede al terzo il risarcimento del danno corrispondente al proprio diritto al mantenimento od agli alimenti, frustrato dalla uccisione. La legittimazione ereditaria ad esigere risarcimento deve ammettersi anche per il danno non patrimoniale cagionato all'ucciso, per il dolore già da lui sofferto per la subita aggressione. Il soggetto la cui vita è stata aggredita acquista, in vita, diritto al risarcimento anche di tale danno; e lo stesso diritto trasmette ai suoi eredi».

Nel 1935, Nicola Coviello affermava che anche in caso di morte istantanea, «essendo la causa [ossia la lesione mortale] del danno avvenuta in vita del *de cuius*, è immediatamente entrato nel suo patrimonio il diritto al risarcimento anche per i danni consequenziali. E tale diritto si trasmette pertanto agli eredi come formante parte del patrimonio ereditario»⁶⁶. Anche per quest' Autore l'immediatezza della morte non osta alla

⁶⁶ Nicola Coviello, *Delle successioni. Parte generale interamente rifatta da L. Coviello*⁴, Napoli, 1935, 269.

risarcibilità del danno da perdita della vita stessa, poiché il Coviello ritiene che la vittima acquisisce il diritto al risarcimento del danno per il fatto stesso di subire la lesione mortale, così da rendere irrilevante la circostanza che la morte segua ad una distanza maggiore o minore o anche immediatamente. Come osserva il Savatier: «*il s'écoule toujours, au moins, un instant de raison entre l'accident dommageable et la mort de la victime. Un tel instant est parfaitement suffisant pour permettre à cette dernière d'acquérir un droit à réparation, et, dans la mesure où ce droit existe, de la transmettre à ses héritiers. Le temps séparant l'accident de la mort [...] n'a, sur le principe même, aucune importance*»⁶⁷, ossia è assolutamente sufficiente un solo istante per consentire alla vittima di acquisire e trasmettere il diritto al risarcimento (*un droit à réparation*), ma anzi il tempo tra l'evento mortale e la morte stessa è irrilevante (*le temps séparant l'accident de la mort [...] n'a [...] aucune importance*).

Nel 1940, il Pacchioni considerava erroneo l'assunto secondo cui l'azione risarcitoria non può sorgere prima della morte della vittima e non può quindi trasmettersi agli eredi: l'azione, sosteneva, «la si deve considerare sorta nel momento del ferimento che produsse in seguito la

⁶⁷ Savatier, *Le dommage mortel et ses conséquences ou point de vue de la responsabilité civile*, in *Rev. trim. Droit civil*, 1938, 193.

morte»⁶⁸, anche se non fosse già sorta in applicazione della regola per cui il momento della morte appartiene alla vita del morto, e non al suo stato di morto.

Nel celebre passo di Giuliano⁶⁹, riportato dal Pacchioni, si evince che chi colpisce mortalmente uno schiavo è obbligato a risarcire il danno per la sua morte anche prima che questa si sia concretamente verificata. Infatti, il Giurista analizza il caso dello schiavo ferito a morte, che, tuttavia, prima di morire venga ucciso da un altro responsabile e afferma: «*quaero, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit*»⁷⁰ ossia «pongo il quesito se nei confronti di entrambi (gli autori delle ferite) si possa agire per la uccisione in base alla legge Aquilia»⁷¹. A un tale quesito, l'Autore romano risponde che gli aggressori sono entrambi responsabili per la morte del servo poiché «*Aquilia lege teneri existimati sunt non solum qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum*»⁷², ossia sulla base della legge Aquilia si considerano responsabili non solo coloro che avessero ferito in modo tale da privare immediatamente della vita, ma anche coloro per le ferite inferte dai quali fosse certo che il destinatario delle stesse avrebbe

⁶⁸ Pacchioni, *Diritto civile italiano – parte seconda, volume quarto – Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940, pag.

⁶⁹ Giuliano, libro LXXXVI digestorum, in D. 9.2.51 pr., segnalato dal Pacchioni, *Diritto civile italiano – parte seconda, volume quarto – Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940, 127.

⁷⁰ Giuliano, op. cit. *supra*.

⁷¹ Traduzione in Schipani (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, Milano, 2005, 261.

⁷² Giuliano, op. cit. *supra*.

cessato di vivere. Nel nostro ordinamento, secondo questa concezione, sono risarcibili anche i danni futuri, ossia quei danni che in quanto tali non si sono verificati ma che è certo si verificheranno in futuro. Quindi, chi subisce una lesione, dalla quale è certo che consegnerà in un tempo a venire la morte, ha già il diritto al risarcimento per un danno “di sicuro futuro accadimento”. La tesi in oggetto pare essere suffragata dalla circostanza che la morte non è altro che la conclusione di un processo causale che ha avuto inizio fin dal momento della lesione. Di converso si obietta che non può mai esservi assoluta certezza della morte come conseguenza della lesione mortale, dato che è sempre medicalmente possibile un’evoluzione dello stato della vittima che contraddica la diagnosi medica. Ma recente giurisprudenza ha riconosciuto la risarcibilità dei danni futuri quando si abbia una ragionevole certezza circa il loro futuro verificarsi, ossia, nello specifico, quando vi sia una rilevante probabilità del loro accadimento, rinvenibile anche in base al criterio della regolarità causale⁷³.

Bianca ritiene infatti che quando secondo la scienza medica l’evento mortale sia destinato a prodursi a seguito della lesione, non può negarsi che sussista una *rilevante probabilità* del verificarsi della morte⁷⁴, e non sarà dunque necessario aspettare il sopraggiungere della morte

⁷³ Cass. Civ., 2 giugno 1992, n. 6676, in *Giur. it.*, 193, L 1, 1308, con nota di Fabiani. Sulla certezza della morte, a seguito della lesione mortale, verificata alla stregua del criterio seguito dalla giurisprudenza in ordine al nesso di causalità: Trib. Terni, 1 marzo 2008, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1847, con nota di Bordon.

⁷⁴ Bianca, *Danno non patrimoniale da perdita della vita: il rinvio alle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 500.

certa ai fini del riconoscimento in capo alla vittima del diritto ad essere risarcita per la perdita del bene vita.

Infatti, la risarcibilità dei danni futuri “certi” si contrappone alla tesi secondo cui «ammesso pure un intervallo tra i due momenti [lesione e morte], la vittima in questo intervallo non può conseguire altro diritto che quello derivante dalla lesione, non quello derivante dalla morte»⁷⁵, in quanto, come riporta lo Stefani⁷⁶, non è necessario, ai fini della risarcibilità del danno, che questo si manifesti contemporaneamente al fatto dannoso, essendo risarcibile anche il danno futuro, purché certo. È proprio su tale principio che si fonda infatti il sistema di liquidazione del danno da invalidità permanente e da morte. Quindi, se nel momento in cui viene posta in essere la lesione è certo che ad essa seguirà la morte – non importa tra quanto, se un istante o più – può ritenersi che la vittima abbia diritto al risarcimento del danno da perdita della vita.

Ciò è chiaramente in contrasto con l’orientamento giurisprudenziale dominante che ha avuto il suo incipit con le Sezioni Unite del 1925, secondo cui risarcibile è il danno subito effettivamente nell’intervallo di tempo tra la lesione e la morte.

⁷⁵ Gentile, *Danni da morte*, in *Enc. Dir.*, vol. XX, pag. 669.

⁷⁶ Stefani, *Il risarcimento del danno da uccisione*, Milano, 1984, pag.13.

Così Parente⁷⁷, esaminando il rapporto di causalità specifica intercorrente tra fatto illecito e danno, sostiene che, la risarcibilità del danno prescinde dal requisito dell'attualità, ossia il danno è risarcibile anche quando il suo manifestarsi e concretizzarsi non è coevo al fatto dannoso. La contemporaneità tra fatto illecito e danno non costituisce, pertanto, elemento essenziale della fattispecie costitutiva dell'illecito civile. L'Autore afferma, inoltre, che l'applicazione di questo principio alla fattispecie che qui ci occupa consente di ritenere giuridicamente sostenibile la tesi secondo cui l'acquisto del diritto al risarcimento del danno avvenga nel momento in cui si verifica il fatto lesivo, e ciò sostiene anche il Bianca: «pur se si volesse ammettere che risarcibili sono solo i danni-conseguenze e che pertanto la lesione mortale non è di per sé risarcibile, occorre tenere presente [...] che nel nostro ordinamento sono risarcibili anche i danni futuri, ossia i danni che per definizione non si sono verificati ma che è certo che si verificheranno in un tempo a venire»⁷⁸. Nel Bianca, che scrive nel 2014, ossia quando una consolidata giurisprudenza delle Sezioni Unite del 2008⁷⁹ ha come “scalfito” nella pietra il principio della risarcibilità dei soli danni-conseguenza, ossia delle sole conseguenze che derivano immediatamente e direttamente ex art. 1223 c.c. dall'evento dannoso,

⁷⁷ Parente, *Legittimazione iure hereditario al risarcimento del danno biologico per decesso*, in *Foro it.*, 1989, parte I, col. 892, nota critica a Trib. Roma, 24 maggio 1988.

⁷⁸ Bianca, *Danno non patrimoniale da perdita della vita: il rinvio alle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 499.

⁷⁹ Cass. Sez. Un.

effettivamente subite dal danneggiato, e non, invece, della mera lesione, ossia del mero danno-evento, i danni futuri sembrano fungere da espediente volto a scongiurare l'obiezione per cui risarcibili sono solo le conseguenze dannose e non la lesione in sé e per sé considerata.

Parente afferma che il nesso teleologico diretto tra comportamento illecito e morte consente di riferire, mediante il parametro della retroattività degli effetti lesivi, il momento di acquisizione del diritto al risarcimento del danno a quello in cui si compie il fatto illecito, quando il soggetto è quindi ancora in vita ed è capace di esserne titolare.

In fondo, con l'espediente dei danni futuri certi si torna ad affermare che fin dal compimento della lesione sorge il diritto al risarcimento del danno da perdita della vita.

Le prime tesi favorevoli al risarcimento del danno tanatologico, ossia del danno da perdita della vita, sono ancora espressione di una concezione patrimonialistica del risarcimento del danno, in particolare lo sono quella del Chironi così come quella del Pacchioni. Per quanto concerne il primo, questi afferma: «vien pur detto, in rispetto a questa trasmissibilità del diritto di risarcimento per danni materiali, che sebbene la morte sia subito avvenuta per il fatto illecito, l'azione diretta ad aver ristoro nel pregiudizio effettivamente patito, è sempre patrimoniale; l'offesa recata alla persona, le impedisce di migliorare con l'attività personale il suo patrimonio, e la morte avvenuta qual

subita conseguenza del fatto illecito, non opera certo un minor effetto. Il diritto e l'azione che lo esprime, hanno dunque carattere patrimoniale, e l'erede dell'offeso giustamente può quindi esercitarli»⁸⁰. Il secondo allo stesso modo, distinguendo la persona in sé da quella di natura economica, produttrice di capitale mediante l'attitudine lavorativa, sosteneva che non fosse risarcibile «la scomparsa della persona come soggetto di diritto, ma la distruzione o menomazione di talune sue attitudini [...] che sono (quando in lui esistono) fattori ed elementi del suo patrimonio»⁸¹. Secondo tale teoria, le attitudini di gestione e lavoro del *de cuius* costituirebbero valori propri del suo patrimonio, i quali avrebbero consentito - in assenza dell'illecito mortale - guadagni, acquisti, incrementi patrimoniali. La loro assenza, nella specie, costituirebbe l'oggetto del risarcimento del danno. Espressione di questa stessa concezione è anche il pensiero di Gentile: «la valutazione del danno nei casi di morte rappresenta l'espressione più calzante della premessa sul valore [...] che va inteso non in funzione di ciò che l'individuo vale bensì di ciò che egli economicamente produce»⁸². Critica di una tale posizione è autorevole dottrina: «Resta un dato non dimostrabile causalmente quello secondo il quale le attitudini del *de cuius* si sarebbero tradotte in beni presenti all'apertura della successione. Non solo la vittima avrebbe potuto

⁸⁰ Chironi, op. cit. supra, pag. 458.

⁸¹ Pacchioni, op. cit. supra, pag. 125.

⁸² Gentile, *Danno alla persona*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, p. 39

perdere totalmente o parzialmente la propria capacità lavorativa per altre cause, ma essa ben potrebbe disperdere interamente il proprio patrimonio prima della morte. Con la conseguenza che, in concreto, stabilire una equivalenza tra l'attitudine perduta e i beni che gli eredi avrebbero ritrovato al momento della successione per causa di morte naturale, appare frutto di un risultato alquanto incerto e inattendibile. Verrebbero meno cioè i caratteri della probabilità e della ragionevole certezza sui quali la giurisprudenza ha fondato la sussistenza del danno futuro»⁸³.

Nel 1961, Cariota-Ferrara, nel suo celebre saggio *“Il momento della morte è fuori della vita?”*⁸⁴, cerca di dare soluzione ai seguenti quesiti: «la morte in quale relazione è con la vita che si spegne? Il momento della morte appartiene all'una o all'altra ovvero si pone tra l'una e l'altra? E la morte, se subitanea o istantanea, estingue la vita senza intervallo di tempo concepibile; e per questo il suo sopravvenire non deve lasciare respiro alla vita?»⁸⁵

Questi interrogativi sono fonte di rilevanti riflessi giuridici, fatti oggetto dell'analisi dell'Autore. In particolare, ci si chiede: «colui che muore può acquistare ancora il diritto a che gli sia risarcito il valore della vita che gli è tolta? Può acquistare diritti che in quel momento nascono o si

⁸³ Franzoni, *Il danno da uccisione*, in *La responsabilità civile*, Utet, Torino, p. 184.

⁸⁴ Cariota-Ferrara, *Il momento della morte è fuori della vita?*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I.

⁸⁵ Cariota-Ferrara, op. cit. *supra*, pag. 134.

costituiscono? Eventi legati a quello della morte possono pensarsi attuabili prima di questa e cioè in vita?»

Secondo l'Autore, abbracciare la tesi di cui alla massima "*momentum mortis vitae tribuitur*" – strettamente connessa ad argomenti come: "*nam vivens moritur, non mortuus*"⁸⁶ - porterebbe alla più equa risoluzione del problema giuridico sull'acquisizione di un diritto all'integrale risarcimento dei danni per la morte, ma anche di altri "problemi giuridici". Infatti, considerare il momento della morte nella vita, farebbe ritenere ogni evento giuridico, connesso a tale momento, come determinatosi durante la vita del soggetto e, pertanto, idoneo a produrre in suo favore ogni effetto da trasmettere *iure haereditatis*. Tuttavia, se in passato si propendeva per l'inclusione del momento della morte nella vita⁸⁷, ora, sostiene l'Autore, sono apparse due opposte tendenze: l'una volta a contrastare, in quanto "finzione", la massima "*momentum mortis vitae tribuitur*"; l'altra diretta a porre il momento della morte nella vita o al di fuori dell'una e dell'altra, ovvero a porlo "caso per caso", sulla base della concreta fattispecie, ora nella morte, ora nella vita. L'Autore afferma però che non si può restare in uno stato di "incertezza", ma "è necessario un principio ispiratore, il quale non può essere che uno": distinguere la vita dalla morte e

⁸⁶ Demolombe, *Corso di diritto civile* (trad. it.), XV, 1878, p. 502; Pacchioni, *Diritto civile italiano*, II, 4, *Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940, p. 129 ss.

⁸⁷ Carnelutti, *Infortuni sul lavoro* (Studi), II, Roma, 1914, p. 142; Barassi, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, p. 30, afferma che: «è tendenzialmente considerato il momento della morte come appartenente alla vita, per quanto ciò possa contraddire alla realtà»

separarle, così da fissare un momento dal quale in poi l'uomo è morto, mentre prima del quale è vivo.

Ciò fa sì, ad avviso del Cariota-Ferrara, che «il problema dei problemi»⁸⁸, cioè quello dell'inclusione della morte nella vita, vada risolto negativamente contro la massima *momentum mortis vitae tribuitur*: «infatti la morte, se è morte, non può essere nella vita»⁸⁹.

Nella pratica ci si chiede: alla morte cagionata dal fatto illecito altrui può seguire il risarcimento che nel suo ammontare corrisponda al valore della vita? Questo diritto può essere acquisito da chi ha subito la lesione che produce la morte, per poi trasferirlo agli eredi? Diversamente dalla dottrina e giurisprudenza dominante, come visto, l'Autore ritiene che considerare il momento della morte fuori dalla vita non impedisce di accogliere la tesi secondo cui nasce nella vittima il diritto al risarcimento dei danni che comprende anche il valore della vita, perché, a parere del Cariota-Ferrara, c'è sempre un attimo di intervallo tra la lesione e la morte sulla base, fondamentalmente, di ragioni fisiologiche. Infatti, sebbene il De Cupis ritenga che il momento della morte sia da imputare «alla vita del morto e non al suo stato di morto»⁹⁰, giungono entrambi alla medesima conclusione ossia quella dell'acquisizione nel patrimonio della vittima del diritto al risarcimento e del conseguente trasferimento in capo agli eredi.

⁸⁸ Cariota-Ferrara, *Il momento della morte è fuori della vita?*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, pag. 136.

⁸⁹ Cariota-Ferrara, *op. cit. supra*, pag. 136.

⁹⁰ De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, III ed., vol. II, p. 125.

Alla obiezione secondo cui l'azione e il danno nascerebbero dalla morte, si replica che «l'azione e il diritto al risarcimento nascono dalla lesione e non possono non comprendere il danno che proviene dalla morte che è conseguenza necessaria della lesione»⁹¹. Alla obiezione secondo cui è impossibile acquisire un diritto che sorge proprio nel momento della morte e cioè nel momento in cui il soggetto che dovrebbe acquistarlo non potrebbe, perché perde la capacità giuridica, solitamente si risponde distinguendo tra il caso in cui la vittima muoia immediatamente e quello in cui sopravviva per un certo intervallo di tempo. Secondo l'Autore una tale risposta è inadeguata, in quanto sostiene sussista sempre, tra la lesione e la morte, un intervallo di tempo. Inoltre, ritiene che far leva soltanto sulla lesione, comporta la rinuncia per ciò stesso ad un'indennità che si fondi anche sulla morte, «mentre è dall'effetto finale che bisogna giudicare il risarcimento; questo deve coprire l'intero danno e, quindi, non può non comprendere il valore della vita»⁹², valutabile nel suo valore morale e in quello economico, in quanto bene, il sommo bene⁹³, sebbene la dottrina e giurisprudenza dominante si fermano al risarcimento dei soli danni provenienti dalla lesione. Alla domanda come e perché compensare della perdita della vita il morente, risponde con il dire che finché la

⁹¹ Cariota-Ferrara, op. cit. *supra*, pag. 138.

⁹² Cariota-Ferrara, op. cit. *supra*, pag. 13

⁹³ Così implicitamente Chironi, op. cit. *supra*, p. 458: «l'offesa recata alla persona le impedisce di migliorare con l'attività personale il suo patrimonio e la morte avvenuta qual subita conseguenza del fatto illecito non opera certo un minore effetto»

persona è in vita, anche se agonizzante, può acquistare e trasmettere agli eredi il diritto al risarcimento dei danni per la vita che perderà. Il risarcimento potrà, ad avviso dell'Autore, comprendere anche (naturalmente nei reati, ex art. 185 c.p.) «il danno morale, il prezzo del dolore, se egli, o per il lungo lasso di tempo tra la lesione e la morte o pur in quel barlume di coscienza che ha avuto prima della morte istantanea (nell'attimo che l'ha separato dalla vita), si è sentito colpito, nello spirito, per la consapevolezza del prossimo, terribile morire, dovuto all'ingiustizia altrui, avvertendo il tragico distaccarsi dalla vita e la perdita, con questa, di ogni cosa...»⁹⁴, così che si trasmetterà agli eredi il diritto all'intero risarcimento, materiale e morale .

Per tali ragioni, nasce nella vittima il diritto al risarcimento dei danni non solo per la lesione, ma anche per la morte, benché questa sia immediata, essendo l'istantaneità relativa. Non osta alla trasmissibilità *iure haereditatis* la circostanza per cui essi non abbiano patito alcun dolore, in quanto si tratta di trasferimento di un diritto che essi trovano nel patrimonio del *de cuius*.

In questa prima fase, come visto, il riconoscimento della risarcibilità della vita si fonda sull'insegnamento carneluttiano: «*Danno* è dunque lesione d'interesse»⁹⁵.

⁹⁴ Cariota-Ferrara, op. cit. *supra*, pag. 138.

⁹⁵ Carnelutti, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, 17.

Il diritto alla vita è un diritto inviolabile e ciò anche in assenza di una specifica norma costituzionale che affermi ciò. Infatti se «per il diritto alla salute, la normativa è quella, riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale [...] risultante dal combinato disposto dell'art 32 Cost. e dell'art. 2043 c.c., a diversa fonte deve invece essere ricondotto il diritto alla vita, rispetto al quale non è dato rinvenire nella carta fondamentale norma alcuna che lo richiami e lo regoli, come invece avviene per il diritto alla salute. Il diritto alla vita [...] trova appropriata collocazione nel campo penale, attraverso le norme sanzionatorie che mirano a tutelarlo. Il codice penale, nel libro II, titolo XII, capo I, si occupa dei delitti contro la persona, ricomprendendovi l'omicidio volontario (art. 575), l'infanticidio (art. 578), l'omicidio del consenziente (art. 579), l'omicidio colposo»⁹⁶. Tuttavia l'invulnerabilità di un tale diritto può farsi discendere dall'art. 2 Cost., che funge da "clausola aperta", posto a tutela e garanzia di ogni valore considerato inviolabile dalla coscienza sociale. Esistono pertanto diritti inviolabili anche senza che siano riconducibili a specifiche norme costituzionali. La Corte costituzionale afferma che tale articolo "eleva a regola fondamentale dello Stato, per tutto quanto attiene ai rapporti tra collettività e i singoli, il riconoscimento di quei diritti che formano il patrimonio irretirabile

⁹⁶ Giannini-Pogliani, *Il danno da illecito civile*, Milano, 1997, p. 246.

della personalità umana: diritti che appartengono all'uomo inteso come essere libero"⁹⁷.

Il diritto alla vita è stato spesso oggetto di sentenze della Corte costituzionale⁹⁸, la quale ha espressamente riconosciuto come inviolabile anche il diritto all'integrale ristoro del danno subito⁹⁹. Inoltre, in numerose convenzioni internazionali a carattere universale¹⁰⁰, recepite nel nostro ordinamento il suddetto diritto assume il rango di principio fondamentale. In quanto diritto inviolabile, ha un'efficacia generale così da imporsi sia nei confronti del potere privato che nei confronti del potere pubblico, e quindi *erga omnes*: "i diritti inviolabili sono per giurisprudenza costante quelli che appartengono al patrimonio irretrattabile della personalità umana"¹⁰¹. Pertanto, la lesione di un tale diritto fa sorgere nel patrimonio della vittima il diritto al ristoro integrale del danno subito, che, come detto poc'anzi, deve pure considerarsi diritto inviolabile dell'uomo.

Tale diritto al risarcimento della lesione di un diritto inviolabile della persona assume un peculiare quanto insopprimibile rilievo costituzionale come si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 184 del 14 luglio 1986, nella quale si statuisce che: "Se anche l'art. 32 non contempla espressamente il risarcimento, in ogni caso, del danno

⁹⁷ Corte Cost., 19 giugno 1956 n. 11.

⁹⁸

⁹⁹

¹⁰⁰

¹⁰¹ Corte cost., 28 luglio 1983, n. 252, in *Giust. civ.*, 1516.

biologico, è dallo stesso articolo che può desumersi, in considerazione dell'importanza dell'enunciazione costituzionale del diritto alla salute come diritto fondamentale del privato, la difesa giuridica che tuteli nella forma risarcitoria il bene della salute personale. La vigente Costituzione, garantendo principalmente valori personali, svela che l'art. 2043 c.c. va posto soprattutto in correlazione con gli articoli della carta fondamentale (che tutelano i predetti valori) e che, pertanto, va letto in modo idealmente idoneo a compensare il sacrificio che gli stessi valori subiscono a causa dell'illecito. L'art. 2043 c.c., correlato all'art. 32 Cost., va necessariamente esteso fino a comprendere il risarcimento, non solo dei danni in senso stretto patrimoniali [...] ma anche di tutti i danni che, almeno potenzialmente, ostacolano le attività realizzatrici della persona umana. Ed è questo il profondo significato innovativo della richiesta di autonomo risarcimento, in ogni caso, del danno biologico: tale richiesta contiene un implicito, ma ineludibile, invito a una particolare attenzione alla norma primaria, la cui violazione fonda il risarcimento ex art. 2043 c.c. al contenuto dell'*iniuria*, di cui allo stesso articolo, ed alla comprensione [...] del risarcimento della lesione dei beni e valori personali. Quand'anche si sostenesse che il riconoscimento, in un determinato ramo dell'ordinamento di un diritto subiettivo non esclude che siano posti limiti alla tutela risarcitoria [...] va energicamente sottolineato che ciò, in ogni caso, non può accadere per i diritti e gli interessi della Costituzione dichiarati fondamentali. Il

legislatore ordinario, rifiutando la tutela risarcitoria (minima) a seguito della violazione del diritto costituzionalmente dichiarato fondamentale, non lo tutelerebbe affatto, almeno nei casi esclusi dalla predetta tutela. La solenne dichiarazione della Costituzione si ridurrebbe ad una *lustra*, nelle ipotesi escluse dalla tutela risarcitoria: il legislatore ordinario rimarrebbe arbitro dell'effettività della predetta dichiarazione costituzionale. Con l'aggravante che, mentre il combinato disposto degli artt. 32 Cost. e 2043 c.c. porrebbe il divieto primario, generale, di ledere la salute, il fatto lesivo della medesima, per il quale non è previsto dalla legge ordinaria il risarcimento del danno, o, assurdamente, impedirebbe al precetto primario di esplicarsi (il risarcimento del danno rientra infatti nelle sanzioni che la dottrina ritiene esecutive) o, dovrebbe ritenersi giuridicamente del tutto irrilevante. Dalla correlazione tra gli artt. 32 Cost. e 2043 c.c. è posta, dunque, una norma che, per volontà della Costituzione, non può limitare in alcun modo il risarcimento del danno biologico”¹⁰²

Anche in altre sentenze, come la n. 559/87¹⁰³, la Corte afferma che: “il valore primario assegnato al diritto alla salute comporta che la sua tutela debba spiegarsi non solo in ambito pubblicistico ma anche nei rapporti tra privati, ove la salute rileva come posizione soggettiva

¹⁰² Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in Giur. it., 1987, I, 1, 392.

¹⁰³ Corte cost. 18 dicembre 1987 n. 559, GC, 1987, 3509

autonoma, la cui lesione va risarcita indipendentemente dalle conseguenze incidenti sull'attitudine del soggetto a produrre redditi".

Allo stesso modo nella sentenza n. 118/96, la Corte sostiene che: «la tutela contro l'illecito predisposta dall'art. 2043 c.c. ha necessariamente effetti risarcitori pieni, anche del danno alla salute in quanto tale, secondo la fermissima giurisprudenza di questa Corte»¹⁰⁴.

Il percorso tracciato dalla Corte costituzionale non lascia dubbi sulla necessaria tutela anche in sede risarcitoria della mera lesione dei diritti inviolabili della persona e conferma ulteriore se ne trae dal recepimento da parte della stessa Corte costituzionale del pensiero carneluttiano con la celebre sentenza n. 184 del 1986 (est. Dell'Andro) citata, la quale sugella l'identità danno biologico = lesione dell'interesse in questi termini: «la menomazione dell'integrità psico-fisica del soggetto è [...] evento naturalistico, effettivo, da provare in ogni caso; la lesione giuridica del bene salute si concreta [...] nel momento stesso in cui si realizza, in interezza, il fatto costitutivo dell'illecito; e non va provato, come la giurisprudenza insegna, che la menomazione bio-psichica del soggetto offeso in concreto abbia impedito le manifestazioni, le attività extra lavorative non retribuite, ordinarie che [...] esprimono, realizzandola, la salute in senso fisio-psichico. È pertanto più corretto parlare di lesione alla salute (e cioè del bene

¹⁰⁴ Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118, in *Riv. civ. e prev.*, 1996, p. 576.

giuridico-salute, costituzionalmente garantito) e non di danno alla salute, lasciando al termine danno l'eccezione naturalistica che di regola assume in sede privatistica. Tale lesione, come si è detto, è l'essenza antiggiuridica dell'intero fatto realizzativo del danno-biologico. Non è vero che la lesione dell'arto o della generale integrità bio-psichica venga perseguita, attraverso il risarcimento ex art. 2043 c.c., solo se e nei limiti in cui rende, in concreto, il soggetto passivo dell'illecito incapace, in tutto o in parte, di produrre o ricevere le utilità derivanti dal mondo esterno o dalla sua attività. È l'ingiustizia (lesione del diritto alla salute), insita nel fatto menomativo dell'integrità bio-psichica, il fondamento giuridico del risarcimento del danno biologico ed eventualmente, ove esistano, anche di altre conseguenze dannose. Non è l'esistenza, in concreto, di conseguenze dannose (quali che siano) a costituire il fondamento dell'ingiustizia del fatto illecito e, pertanto, anche della menomazione bio-psichica. Intanto le ulteriori (oltre l'evento) conseguenze dannose sono rilevanti e risarcibili in quanto, prima, già esiste un'ingiustizia dell'illecito (determinata dalla violazione della norma primaria desunta dal combinato disposto degli artt. 32 Cost. e 2043 c.c.) ed una lesione, presunta, del bene-giuridico salute»¹⁰⁵

Nella motivazione di questa fondamentale sentenza si coglie una evidente propensione ad accostare illecito civile e illecito penale, così come si evince dall'intento esplicitato dal relatore, il penalista

¹⁰⁵ Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, 2976.

Dell'Andro, di «ricondere l'illecito civile, pur nelle innegabili specificità, ai principi generali dell'illecito giuridico», così che «s'identifichi il danno con l'illecito»¹⁰⁶. Così, pertanto si esprime la Corte nella motivazione suddetta: «Certo, ritenere che la responsabilità civile abbia carattere esclusivamente o prevalentemente sanzionatorio sarebbe oggi infondato oltre che antistorico. Ma dopo l'attenta lettura della precitata relazione ministeriale al codice civile è impossibile negare o ritenere irrazionale che la responsabilità civile da atto illecito sia in grado di provvedere non soltanto alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato ma fra l'altro, a volte, anche ed almeno in parte, ad ulteriormente prevenire e sanzionare l'illecito, come avviene appunto per la riparazione dei danni non patrimoniali da reato. Accanto alla responsabilità penale (anzi, forse meglio, insieme ed «ulteriormente» alla pena pubblica) la responsabilità civile ben può assumere compiti preventivi e sanzionatori. Né può essere vietato al legislatore ordinario, ai fini ora indicati, prescrivere, anche a parità di effetto dannoso (danno morale subiettivo) il risarcimento soltanto in relazione a fatti illeciti particolarmente qualificati e, più di altri, da prevenire ed ulteriormente sanzionare. E per giungere a queste conclusioni non è neppure necessario aderire alla tesi che sostiene la natura di pena privata del risarcimento del danno non patrimoniale, essendo sufficiente sottolineare la non arbitrarietà d'una scelta

¹⁰⁶ Tratti dalla motivazione della Sentenza Corte cost., n. 184 del 1986, *FI*, 1986, I, 2053.

discrezionalmente operata, nei casi più gravi, d'un particolare rafforzamento, attraverso la riparazione dei danni non patrimoniali, del carattere preventivo e sanzionatorio della responsabilità penale».

Il danno biologico da morte come massima "lesione" del diritto alla salute e le relative critiche

Sulla base del risultato cui perviene la sentenza Dell'Andro, ossia la coincidenza tra danno alla salute e lesione dell'interesse all'integrità psico-fisica, Gennaro Giannini elabora la figura del danno biologico da morte, risarcibile *iure successionis* agli eredi, statuendo che: «Ora, che la lesione mortale non comporti di per sé un danno civilistico, è tesi che poteva essere sostenuta secondo gli schemi del metodo tradizionale, per il quale il danno stava solo nelle conseguenze della lesione, ma non è più sostenibile secondo gli schemi del nuovo metodo, per il quale è danno civilistico anche la stessa lesione in sé e per sé considerata. Ecco perché al lesione mortale, al pari di qualsiasi altro tipo di lesione, rappresenta un danno biologico risarcibile»¹⁰⁷. È nello stesso anno della sentenza Dell'Andro, il 1986, che l'Autore si pose il problema del danno biologico da morte, ossia del ristoro del danno biologico, lesione all'integrità psicofisica, anche in ipotesi di lesioni mortali, a prescindere dalla circostanza che si trattasse di morte immediata e quindi in

¹⁰⁷ Giannini, *Il risarcimento del danno alla persona*, Milano, 2000, p. 102.

assenza di un lasso di tempo tra le lesioni e il decesso, fondando tale deduzione sul seguente iter logico: «appare illogico che questo pregiudizio non fosse risarcito allorché ricorresse nella sua estensione massima con il totale azzeramento del valore-uomo»¹⁰⁸, per di più «l'uccisione costituisce la massima *iniuria* che possa essere arrecata a un essere umano: alla distruzione totale dell'organismo, si accompagna la soppressione parimenti totale e definitiva di tutti i valori e di tutti i diritti di cui la vittima era portatore»¹⁰⁹. Secondo tale concezione la morte è la massima lesione del bene salute.

Le Corti Superiori¹¹⁰ hanno delineato un nuovo sistema risarcitorio, il quale prevede che il danno alla persona debba essere risarcito sotto tre aspetti:

- a) «come *danno biologico*, che consiste nella violazione dell'integrità psicofisica, e quindi nella lesione in sé e per sé considerata, avente per referente normativo l'art. 2043 c.c., letto alla luce del disposto dell'art. 32 Cost.¹¹¹;
- b) come *danno patrimoniale*, comprendente sia la perdita subita o danno emergente, sia il mancato guadagno o lucro cessante, secondo lo schema di cui all'art. 1223 c.c.;

¹⁰⁸ Giannini G., *Il danno alla persona come danno biologico*, Milano, 1986, 125 ss.

¹⁰⁹ Giannini-Pogliani, *Il danno da illecito civile*, 1997, 234.

¹¹⁰ Corte costituzionale 29 luglio 1979 n. 87 e n. 88, entrambe in *Resp. civ. prev.* 1979, 698, nonché la n. 184 del 14 luglio 1986, in *Foro it.* 1986, c. 2053.

¹¹¹ Sent. Corte cost. 14 luglio 1986 n. 184 cit.

c) come *danno non patrimoniale*, che consiste nel dolore, nella sofferenza fisica e psichica provocata dalla lesione, e che continua ad essere regolato dall'art. 2059 c.c., la cui legittimità costituzionale è stata confermata.»¹¹²

La Corte costituzionale, come visto, ha dichiarato che la *lesione* rappresenta il «danno-evento», sicchè il danno biologico va considerato come danno primario e immancabile: primario, in quanto la lesione è il primo effetto pregiudizievole dell'azione illecita; immancabile, «perché sempre presente... e sempre lesivo, senza bisogno di alcuna prova, del bene giuridico salute»¹¹³. In quanto primario e immancabile, il danno biologico è poi sempre risarcibile: ha affermato la Suprema Corte¹¹⁴ che «*qualsiasi menomazione dell'integrità psicofisica della persona, sotto il profilo civilistico, costituisce un danno ingiusto qualora sia conseguenza di un fatto illecito, sicchè il soggetto responsabile è tenuto al risarcimento in ogni caso*», a prescindere dai c.d. «danni-conseguenza» eventualmente patiti dalla vittima. E proprio “danni- conseguenza” sono stati definiti gli altri due aspetti – il danno patrimoniale e il danno non patrimoniale -, in quanto conseguenze ulteriori del fatto illecito. A differenza del danno biologico, questi sono danni meramente

¹¹² Giannini G., *Il danno biologico in caso di morte*, *Resp. civ. prev.*, 1989, 383 ss.

¹¹³ Corte cost. 14 luglio 1986 n. 184 cit., paragrafo 13.

¹¹⁴ Cass. 11 febbraio 1985 n. 1130.

eventuali, e quindi non sempre risarcibili: infatti, bisogna dimostrare che il danno patrimoniale concretamente ricorra, dando la rigorosa prova dell'effettiva riduzione del reddito lavorativo conseguentemente alla lesione.

A proposito, la Corte costituzionale¹¹⁵ ha ribadito che le conseguenze economicamente negative della lesione sono appunto meramente «eventuali» e, in quanto tali, si esclude l'automatica risarcibilità del danno patrimoniale, che ora è soggetto alla regola del 2697 c.c., ignorata dal sistema tradizionale al fine di non lasciare prive di risarcimento anche quelle ipotesi di danno alla persona in cui il danneggiato non aveva lucro o, se l'aveva, non lo perdeva affatto. È, pertanto, principio ormai consolidato quello della necessità di provare la diminuzione del guadagno.

Anche per quanto concerne il danno non patrimoniale, allo stesso modo del patrimoniale, dovrà provarsi la sussistenza delle condizioni di cui all'art. 2059 c.c., ma il nuovo concetto civilistico di danno alla persona, che nel sistema tradizionale era costituito solo dalle conseguenze della lesione, è ora costituito secondo il nuovo orientamento inaugurato dalla Consulta¹¹⁶ anche - e primariamente, come s'è detto poc'anzi – dalla lesione in sé e per

¹¹⁵ Corte cost. paragrafo 13 e paragrafo 18 della sentenza 184 del 1986.

¹¹⁶ Sent. Corte cost. 14 luglio 1986 n. 184 cit.

sé considerata. In caso di uccisione nel sistema tradizionale, il danno patrimoniale consistente nella perdita dell'apporto economico del defunto al bilancio familiare, veniva liquidato a favore dei superstiti sia *iure proprio* che *iure hereditario*, ovvero per l'uno e per l'altro titolo insieme. Il danno morale invece, che consiste nella sofferenza per la perdita del congiunto, è stato sempre compensato equitativamente, con l'attribuzione del risarcimento *iure proprio* soltanto.

«Il richiamato mutamento del concetto civilistico di danno alla persona operato dalle Corti Superiori, a mio avviso comporta – afferma il Giannini – che, anche nell'ipotesi dell'uccisione, il risarcimento debba comprendere tutti i tre aspetti prospettati come risarcibili: la lesione mortale in sé e per sé considerata o danno biologico, che è danno primario e immancabile; le conseguenze economiche o danno patrimoniale, ove questo pregiudizio ricorra in concreto; e le conseguenze afflittive o danno morale, sempre che sussistano le condizioni dettate dall'art. 2059 c.c.»¹¹⁷

«A mio modo di vedere, si tratta di coerenza con i principi innovatori affermati dalle Corti Superiori. Infatti, posta e accettata l'equazione lesione personale = danno primario, immancabile e sempre risarcibile, non è possibile ammettere al

¹¹⁷ Giannini G., *Il danno biologico in caso di morte*, *Resp. civ. prev.*, 1989, 383 ss. cit. *supra*.

risarcimento le lesione semplicemente menomante e non ammettere, invece, la risarcibilità della lesione mortale, che è la più grave tra tutte.

Quando la Corte di Cassazione¹¹⁸ ha affermato che «*qualsiasi menomazione*» apportata all'integrità psicofisica della persona è danno, ed è danno risarcibile «*in ogni caso*», non ha formulato alcuna riserva né esclusione per il caso di lesioni di estrema gravità, quali sono quelle che cagionano la morte. Ed anzi, se mai esiste un limite alla risarcibilità del danno biologico, questo limite non può essere posto in alto, al sommo della scala di gravità delle lesioni, ma in basso, nel senso che possono essere escluse dal risarcimento solo quelle lesioni che non abbiano un minimo di apprezzabilità giuridica: una puntura di spillo, pur costituendo in astratto una violazione dell'integrità fisica rappresenta una lesione di entità talmente minima da non esigere la liquidazione del risarcimento.

Dunque, l'immancabilità del danno biologico in qualsiasi ipotesi di violazione dell'integrità psicofisica della persona comporta l'affermazione dell'esistenza di tale danno anche nel caso che si verifichi la morte della vittima. Del resto, non è concepibile che il risarcimento per il danno biologico venga liquidato per la semplice riduzione del diritto alla salute e non anche per la sua

¹¹⁸ Cass. civ. 11 febbraio 1985, n. 1130.

totale soppressione, che si realizza con l'uccisione»¹¹⁹. La circostanza che, continua l'Autore, in caso di morte più o meno ravvicinata al fatto lesivo, manchi "la prospettiva di una vita condizionata dalla menomazione", ossia che difetti "la (parziale) perdita di utilità da parte del danneggiato", non esclude affatto l'esistenza del danno biologico; tutt'al più fa venire meno "l'aspetto dinamico di tale pregiudizio, sicchè in ogni caso il danno biologico deve essere risarcito per il suo aspetto statico, come danno fisiologico puro e semplice". Inoltre a conferma di ciò, la Corte costituzionale osservò che non è neppure vero che la lesione dell'arto o della generale integrità biopsichica venga perseguita, attraverso il risarcimento ex art. 2043 cod. civ., solo se e nei limiti in cui rende, in concreto, il soggetto passivo dell'illecito incapace, in tutto o in parte, di produrre o ricevere le utilità derivanti dal mondo esterno o dalla sua attività. È l'ingiustizia (lesione del diritto alla salute) insita nel fatto menomativo dell'integrità bio-psichica, il fondamento giuridico del risarcimento del danno biologico¹²⁰. Per di più, in seguito lo stesso Autore affermerà che non è possibile causare la morte di un soggetto senza (prima) lederne il diritto all'incolumità o all'integrità psicofisica, e che, sostenendo un'opposta tesi

¹¹⁹ Giannini, Il danno biologico in caso di morte, cit. supra, pag. 385.

¹²⁰ Il periodo è tratto dalla motivazione di Corte cost. 14 luglio 1986, n. 184 cit.

(diversamente opinando), l'uomo sarebbe tutelato solo parzialmente, ed anzi, sarebbe privo di tutela proprio nell'ipotesi di danno più grave, e verrebbe messa in dubbio la stessa natura del danno biologico, finora considerato pregiudizio "primario, sempre ricorrente e sempre risarcibile in ipotesi di danno alla persona, così da condizionare l'esistenza e la risarcibilità tanto danno patrimoniale quanto del danno non patrimoniale¹²¹. Paradossali sono per l'Autore quelle situazioni che si verrebbero a creare nell'ipotesi in cui si escludesse la risarcibilità del danno biologico in caso di morte. Si pensi, per esempio, a una persona che, in conseguenza delle lesioni subite, versi in stato di coma irreversibile: il danneggiato avrebbe tutto l'interesse a essere mantenuto artificialmente in vita – se vita è – sino a quando non divenisse definitiva la sentenza di condanna del responsabile al risarcimento. In questo modo egli otterrebbe l'indennizzo per la riduzione del 99,9% dell'efficienza psicofisica; diversamente, se muore prima del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, verrebbe privato del risarcimento per il danno biologico. Altro clamoroso paradosso sta nel fatto che, una vita vale – in moneta risarcitoria – meno di una invalidità permanente. Eppure, precisa l'autore, tra gli obiettivi (le finalità) perseguiti dall'ordinamento giuridico – inteso in senso lato, ossia

¹²¹ Giannini-Pogliani, *Il danno da illecito civile*, 1997, 235.

comprensivo non solo delle leggi ma anche del diritto vivente, e quindi della giurisprudenza che concretamente e praticamente dà attuazione alle suddette leggi – c'è quello primario e fondamentale di “stimolare i consociati a scegliere, tra due possibili comportamenti, quello ritenuto migliore”. Per cui, da ciò l'Autore inerisce sillogisticamente che: “indennizzare in misura maggiore una menomazione permanente anziché l'uccisione, significa affermare il principio che è meglio, perché economicamente più conveniente, uccidere piuttosto che ferire.” “Questa”, continua Giannini, “non è una mera istanza etica”, di natura programmatica, con il solo fine di indirizzarlo e della quale il legislatore dovrà tener conto in futuro; è invece “una questione attualissima” di attuazione dei principi che sono stati espressi dalle Corti Superiori, diretti ad affermare “la preminenza dell'uomo sul suo patrimonio e sulle vecchie formule risarcitorie”. Dunque, l'Autore conclude, “se è vero che è mutato il concetto civilistico del danno alla persona; se è vero che ora è danno non solo la conseguenza patrimoniale della lesione ma la lesione stessa; allora non si può negare che la lesione mortale rappresenta un danno biologico maggiore della lesione semplicemente menomante e quindi esige un risarcimento maggiore di quello liquidabile per una qualsivoglia lesione permanente che lascia il danneggiato con un corpo offeso,

limitato, impedito o mutilato fin che si vuole, ma pur sempre vivo.”

«Ritengo tuttavia che si debba giungere ad affermare la risarcibilità del danno biologico anche nel caso di morte dell'infortunato in conseguenza delle lesioni subite: se non altro, per una ragione di logica e giustizia. La logica vuole che, se il danno biologico consiste nella lesione del diritto alla salute, non è concepibile che venga risarcita la semplice menomazione di quel diritto e non anche la sua totale soppressione. E la giustizia esige che la morte di un essere umano – ancorché si tratti di un soggetto improduttivo, come un pensionato o un invalido – debba essere adeguatamente risarcita e non soltanto con il compenso irrisorio per il danno morale, sovente attribuito quale unica conseguenza patrimoniale a carico del responsabile, in misura inferiore a certi indennizzi liquidati per semplici micro-permanenti.»¹²²

¹²² Giannini G., *Il danno alla persona come danno biologico*, Milano, 1986, pp. 127-8. Numerose pronunce di merito attribuiscono agli eredi questo tipo di danno, rilevando che il danno alla salute sussiste sia in caso di semplice menomazione, sia in caso di totale soppressione del diritto, ossia di decesso della vittima: il diritto di risarcimento sarà così trasmissibile ai congiunti che potranno esigerlo *iure haereditario*. In tal senso: Trib. Napoli, 18 maggio 1988, in *Arch. Giur. circ.*, 1989, p. 789; Trib. Pen. Milano, 14 dicembre 1988, in *Nuova gir. Civ. comm.*, 189, I, p. 769, con commento di Ferrando; Trib. Monza, 3 luglio 1989, in *Dir. e prat. Ass.*, 1989, p. 861; Trib. Massa, 20 gennaio 1989, in *Resp. civ. e prev.*, 1990, p. 613, con nota critica di Navarretta, Il danno da uccisione supera i confini della salute: verso un'estensione dell'art. 2059 c.c.; Trib. Napoli, 6 febbraio 1991, in *Arch. Giur. circ.*, 1991, p. 586; Trib. Firenze 18 novembre 1991, *ivi*, 1992, p. 39; Trib. Treviso 5 maggio 1992, in *Resp. civ. e prev.*, 1992, p. 441; Trib. Roma, 24 maggio 1988, cit. supra, in *Foro it.*, 1989, I, c. 892, con nota critica di Parente, *Legittimazione iure haereditario al risarcimento del danno biologico per decesso*; così anche App. Roma, 4 giugno 1992, in *Resp. civ. e prev.*, 1992, p. 597, con nota adesiva di Giannini, *La risarcibilità del danno biologico in ipotesi di lesioni mortali* e commento critico di Pogliani, *Il danno biologico entro ma non oltre i confini della vita*.

Ammessa la risarcibilità del danno biologico da morte, al quesito se il risarcimento dello stesso vada attribuito *iure hereditario* o *iure proprio*, il Giannini dà soluzione affermando che il risarcimento possa essere assegnato ai familiari della vittima sia *iure proprio* sia *iure hereditario*, “restando affidata all’apprezzamento del giudice di merito l’identificazione della concreta sussistenza dell’una o dell’altra ipotesi o del cumulo di entrambe”¹²³.

A sostegno della tesi del Giannini, si sono schierati alcuni tribunali di merito. Il primo a recepirne il pensiero è stato il tribunale di Massa in *Pucci c. Giorgi*¹²⁴. Qui il soggetto leso è morto in conseguenza delle lesioni riportate, e si è deciso che la pretesa già spettante a tale soggetto per il risarcimento del proprio danno biologico si trasferisse agli eredi. Il Tribunale ha motivato con riferimento alla dottrina di Giannini, poiché non risultavano precedenti, mentre la *dottrina*¹²⁵ vi ha fatto cenno ritenendo illogico e ingiusto non riconoscere la risarcibilità del danno biologico in caso di morte di fronte all’ipotesi del riconoscimento dello stesso nell’ipotesi di lesioni del soggetto non seguite da morte. Un altro precedente a favore del danno biologico terminale, che ha recepito un’analogia impostazione è la

¹²³ Cass. 6 gennaio 1983 n. 75 cit.

¹²⁴ Trib. Massa, 20 luglio 1987, n. 257, ined.

¹²⁵ Il Tribunale di Massa ha inteso far cenno, con tale sentenza, all’opera di Giannini, *Il danno alla persona come danno biologico*, Milano, 1986, pp. 127-8.

sentenza del Tribunale romano *Dal Monaco e Balducci c. ATAC e ASCOROMA*¹²⁶. Qui si è detto che la totale soppressione della salute fa sorgere istantaneamente il diritto risarcitorio e ottenere il danno biologico. Tale diritto risarcitorio si trasmette *jure hereditario* agli aventi diritto. Sebbene il Tribunale abbia considerato che il diritto alla salute può essere inteso come diritto personalissimo intrasmissibile agli eredi, ha tuttavia rilevato che «non è tale diritto a cadere in discussione, ma il sussidiario e consequenziale diritto al risarcimento - di natura non personale e pecuniaria- che, pur strumentalmente collegato al primo, ha una sua propria e distinta autonoma individualità». Il soggetto danneggiato in senso giuridico, di norma, è insieme soggetto passivo del danno e soggetto attivo dell'obbligazione risarcitoria che sorge da questo. Tuttavia, potrebbe accadere che egli sia soggetto passivo del danno senza essere, o meglio, senza continuare ad essere anche soggetto attivo dell'obbligazione risarcitoria. Pertanto, potrebbe accadere che le due qualifiche non si cumulino nella stessa persona attraverso la trasmissione del lato attivo dell'obbligazione risarcitoria, ossia del diritto al risarcimento del danno. È un diritto trasmissibile mediante negozio *inter vivos* o *mortis causa*, o per legge, in quanto ha per oggetto una prestazione pecuniaria di carattere patrimoniale,

¹²⁶ Trib. Roma, 24 maggio 1988, n. 6767.

indipendentemente dalla natura patrimoniale o non patrimoniale dell'interesse leso. Esso costituisce un elemento del patrimonio del danneggiato ed è, pertanto, trasmissibile come lo sono, di regola, i diritti privati patrimoniali¹²⁷.

Infatti, si dice che, se la vittima, per la lesione del proprio diritto alla salute, avrebbe titolo al risarcimento del danno, anche i suoi familiari, non in tale qualità, ma in quanto «investiti di titolarità ereditaria»¹²⁸, dovrebbero poter beneficiare del diritto che di per sé spetta al loro dante causa. Castronovo ritiene che l'obiezione della natura personalissima del diritto alla salute¹²⁹ scambi per il diritto alla salute, non patrimoniale e personalissimo, quello patrimoniale al risarcimento del danno, diritto che deriva dalla lesione del primo¹³⁰. «Un tale equivoco può trovare spiegazione in una sorta di ripensamento per l'enfasi data in precedenza al danno alla salute. Ma è il frutto di uno zelo di segno opposto, intempestivo nella sua stessa logica, perché una attribuzione a

¹²⁷ De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Milano, 1979, 121.

¹²⁸ Castronovo, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, pag.155. In tal senso anche M.V. De Giorgi, *Corte Cost. n. 372 del 1994. Il danno biologico a causa di morte secondo la Corte Cost.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, p. 423; in questo senso, a considerarlo un diritto basato sì su ragioni personali, ma di contenuto essenzialmente patrimoniale sono, tra gli altri: Ravazzonii, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, p. 193; Scognamiglio, *Il danno morale, (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 322 ss.; Galasso, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, p. 211 ss.; contra Bonlini, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 481 ss.

¹²⁹ In tal senso: Trib. Milano 12 gennaio 1989, in *Dir. prat. ass.*, 1990, p. 740; Trib. Roma 11 dicembre 1989, in *Tem. rom.*, 1990, p. 171; Trib. Milano 19 marzo 1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, p. 555 con nota adesiva di Ferrando; Trib. Milano, 3 febbraio 1992 e 16 luglio 1992, in *Resp. civ. prev.*, 1993, p. 348, con nota adesiva di G. Comandè; Trib. Milano 26 giugno 1989, in *Riv. giur. circ.*, 1990, p. 405.

¹³⁰ Così rileverà opportunamente anche Trib. Firenze 10 novembre 1993, n. 2879 (ord.)

titolo ereditario di per sé non moltiplica né amplia lo spazio del danno risarcibile, trattandosi dello stesso che il danneggiato avrebbe potuto far ¹³¹valere ove fosse rimasto in vita»¹³². Continua l'Autore, affermando che una qualche giustificazione di tale proibizione poteva sembrare offerta da § 84 I BGB, che, nella sua originaria redazione, statuiva la non trasferibilità, anche a titolo successorio, del diritto al risarcimento del danno morale, salvo che esso non fosse stato riconosciuto contrattualmente o per negozio unilaterale dal danneggiante o ne fosse stata proposta domanda in giudizio prima della morte¹³³. Tuttavia, significativamente, tale norma è stata abrogata e ciò, secondo il Castronovo, conferma che il diritto al risarcimento, qualunque sia la natura del danno da cui derivi, è sempre patrimoniale e, di conseguenza, è sempre trasmissibile *iure haereditatis*.

Alla medesima conclusione deve giungersi per il diritto alla salute, «perché un diritto in ogni caso patrimoniale come quello al risarcimento non tollera che la sua intrasmissibilità sia decisa in via interpretativa, i diritti patrimoniali essendo per loro natura trasferibili»¹³⁴. Sembra, infatti, frutto di un equivoco sostenere la intrasmissibilità *iure haereditatis* del diritto al risarcimento del danno biologico in caso di morte, facendo leva sull'idea di un

¹³¹ Cfr. Jauering et al., BGB⁴, Munchen, 1987, sub § 847.

¹³² Castronovo, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, pag.155.

¹³³ M.V. De Giorgi

¹³⁴ Castronovo, op. cit. supra.

diritto personalissimo¹³⁵. Diritto personalissimo è, al contrario, il diritto alla salute o alla vita, non quello al risarcimento per la relativa lesione.

Tuttavia, il Monateri, di converso, sostiene che, se è vero che un tale “sussidiario e consequenziale diritto al risarcimento” ha natura non personale ma pecuniaria, tanto da vivere autonomamente e da trasmettersi per via ereditaria, «cosa ne impedisce la trasmissibilità *inter vivos*? Si potrebbe sviluppare un mercato in cui non si scambiano i diritti alla salute, ma le pretese risarcitorie che potrebbero scaturire da loro lesioni. Il soggetto che si trova in difficoltà economica potrebbe trovar conveniente rinunciare ora ad una propria eventuale pretesa futura alienandola a compagnie che rastrellerebbero pretese future per danni biologici, da far poi valere in blocco onde aver pure una maggiore forza contrattuale verso le assicurazioni. Il soggetto già leso potrebbe addirittura dare in garanzia la propria pretesa al danno biologico, che tanto ha vita autonoma»¹³⁶.

Invece, con la sua argomentazione la sentenza del tribunale di Roma si distacca nettamente dalla Cassazione n. 6938 del

¹³⁵ Cendon-Gaudino-Ziviz,

¹³⁶ Monateri, *Danno biologico da uccisione o lesione della serenità familiare? (L'art. 2059 visto come un brontosauo)*, in *Resp. civ. prev.*, 1989, p. 1178.

19889¹³⁷, che ha negato la risarcibilità del danno biologico da morte.

Spiccano in tal senso le pagine del De Cupis, cui fedelmente si ispira la motivazione del Tribunale di Roma, nella sentenza del 25 maggio 1988¹³⁸, la prima che accolse la tesi della trasmissibilità *iure successionis* del risarcimento per il danno biologico: «se il fatto dannoso consiste nell'efficace aggressione del bene della vita, esso è atto a ledere l'interesse del soggetto alla propria vita e ai suoi riflessi economici, e per tale attitudine fa sorgere immediatamente a favore dello stesso soggetto l'obbligazione di risarcire l'intero danno corrispondente al detto interesse¹³⁹. L'intervallo di tempo tra il fatto aggressivo e la morte può essere maggiore o minore; è comunque, anche se riducasi ad un fuggevole attimo, sufficiente perché prima della morte sia acquisito al patrimonio della vittima il diritto di risarcimento»¹⁴⁰. L'Autore sostiene poi che «seppure intervallo di tempo non sussista, e la morte sia assolutamente istantanea, il momento della stessa morte può imputarsi alla vita del morto, e non al suo stato di morto (*momentum mortis vitae tribuitur*):

¹³⁷ Cass. civ., 20 dicembre 1988, n. 6938, in Resp. civ. prev., 1989, p. 1173 con nota di Monateri, vedi *infra*.

¹³⁸ Trib. Roma, 25 maggio 1988, in Resp. civ. prev., 1989, p. 135.

¹³⁹ Cfr. Chironi, *Colpa extracontrattuale*, vol. II, Torino, 1906, p. 458, op. cit. *supra*; Coviello N., *Delle successioni – Parte gen.*⁴, Napoli, 1935, op. cit. *supra*; Pacchioni, *Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940, 127, op. cit. *supra*; Cicu, *Successioni per causa di morte – Parte gen.*², Milano, 1961, pp. 69-70.

¹⁴⁰ De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Milano, 1979, 125.

talché è pur sempre possibile l'acquisizione, al patrimonio della vittima, del diritto al risarcimento»¹⁴¹. Infatti, è dal fatto dannoso, nello stesso momento in cui questo è compiuto, che nascono la responsabilità e il diritto al risarcimento del danno, a prescindere dal momento - che può anche essere successivo - in cui il danno stesso si realizzerà. Pertanto, anche se, come senza dubbio è, l'obbligazione risarcitoria ha ad oggetto il danno stesso, essa sorge fin dal momento in cui è compiuto il fatto produttivo del danno, anche se lo stesso danno si realizzi in un momento successivo¹⁴².

Che l'idea di un trasferimento agli eredi della pretesa al danno biologico, nella sua accezione di "*shortened expectation of life*"¹⁴³ non sia stata affatto peregrina può desumersi anche da alcuni casi inglesi. La risarcibilità di un tale danno fu riconosciuta ad esempio, nel caso *Flint v. Lovell*¹⁴⁴. La Court of Appeal in *Rose v. Ford*¹⁴⁵ ritenne che i prossimi del *de cuius* non potessero essere ammessi a far valere una tale pretesa, ma la House of Lords¹⁴⁶ rivede un tal giudizio e sostenne l'opinione dissenziente di Greer,

¹⁴¹ De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Milano, 1979, 125.

¹⁴² De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Milano, 1979, 124.

¹⁴³ Monateri, *Danno biologico da uccisione o lesione della serenità familiare? (L'art. 2059 visto come un brontosauo)*, in *Resp. civ. prev.*, 1989, 1173 ss.

¹⁴⁴ (1935) 1 KB 354.

¹⁴⁵ (1936) 1 KB 90.

¹⁴⁶ (1937) AC 826, pp. 834, 839, 845-6, 856-7.

L.J.¹⁴⁷. Usando le parole di Salmond¹⁴⁸: “*In such a case the right of action for diminished expectation of life was vested in the deceased. The fact that he died before judgement is irrelevant save that it obviates to some extent the necessity of proving the gravity of the injuries or that the accident shortened his life*”. Da tali casi emerge chiaramente che l’azione dei “congiunti” non si riferiva alla *morte in sé*, in quanto per loro dannosa, ossia a un danno che essi stessi avessero patito e la cui pretesa avessero potuto esercitare *iure proprio*, ma al vero e proprio danno subito dal defunto, ossia tali decisioni riconoscono l’autonoma risarcibilità del danno biologico da morte con la conseguente trasmissibilità agli eredi.

I Tribunali milanesi¹⁴⁹ che hanno respinto la domanda risarcitoria avanzata dagli eredi, hanno addotto due argomentazioni: anzitutto, che *il danno biologico costituisce lesione di un diritto personalissimo* e perciò, in quanto tale, non può essere risarcito a soggetto diverso da colui che abbia subito la lesione; e che, in secondo luogo, nel caso di morte istantanea il risarcimento per tale evento non può entrare nel patrimonio della persona lesa (per poi essere trasmesso, con questo, agli eredi) per la semplice ragione – già ampiamente espressa - che il

¹⁴⁷ (1936) 1 KB 90 a pp. 97 ss.

¹⁴⁸ *Law of Torts*, 10.a ed., a cura di W.T.S. Stallybrass, London, 1945, 350.

¹⁴⁹ Trib. Milano

fatto lesivo coincide con la perdita della capacità giuridica da parte della vittima. A parere dell'Autore, "trattasi di due argomentazioni suggestive ma prive di fondamento". La prima argomentazione (che è già stata sollevata per quanto concerne il danno morale, che anch'esso riguarda un diritto personalissimo) si fonda sulla "palese" confusione tra natura del diritto leso e natura del diritto al risarcimento: anche se il diritto leso ha natura personalissima e non trasmissibile, ciò non osta a che il diritto al risarcimento "rivesta natura di credito pecuniario e sia quindi trasmissibile". A dimostrazione di ciò, milita il fatto che i diritti personalissimi, come lo stesso diritto alla vita, sono di regola diritti imprescrittibili: tuttavia, il risarcimento per il danno morale o quello per il danno biologico sono soggetti alla disciplina dell'art. 2947 c.c., proprio in quanto un conto è la natura del diritto leso, altro è la natura del diritto al risarcimento, che preserva la sua natura di credito pecuniario a prescindere dalla natura del diritto dalla cui lesione trae origine.

Quanto alla seconda argomentazione, Giannini ritiene che "si tratta di un vero e proprio sofisma". In caso di uccisione, il danno biologico, ossia la violazione dell'integrità psicofisica, si verifica non con la morte della vittima, ma al momento della lesione in seguito rivelatasi mortale. A rilevare è sempre la lesione: che da

quest'ultima “derivi una micro-permanente o l'amputazione di un arto o addirittura la morte, sono tutte circostanze rilevanti ai fini del *quantum*, non dell'*an debeat*”. Da ciò consegue che lesione e morte – anche quando la morte è detta “istantanea” – «non sono mai eventi contemporanei, essendo l'una l'effetto dell'altra: prima si verifica la causa, vale a dire la lesione, e poi la conseguenza, ossia la morte. Quando per esempio una persona viene uccisa con un colpo di pistola sparato alla tempia, la morte non è contemporanea ma è successiva alla lesione: la lesione si verifica allorché il proiettile perfora la teca cranica, mentre la morte segue col cessare delle funzioni vitali. Del resto, è principio incontrovertibile della logica che, quando due avvenimenti sono per davvero contemporanei, non esiste nesso causale tra l'uno e l'altro; se invece c'è un nesso causale tra l'uno e l'altro avvenimento, vuol dire che il primo, per essere causa del secondo, lo precede cronologicamente»¹⁵⁰. In conclusione, il danno biologico sta nella lesione; quando la lesione causa la morte, la prima precede sempre – fosse anche per una frazione minima di tempo – la seconda; nel momento stesso della lesione sorge il diritto al risarcimento del danno, diritto che si cristallizza nel patrimonio della vittima e, per effetto dell'evento successivo (la morte), si trasmette agli eredi. “Siffatta violazione

¹⁵⁰ Giannini,

dell'integrità psicofisica rappresenta il momento iniziale dell'evento di danno"¹⁵¹, ossia, nel momento della lesione, sussistono tutti gli elementi della fattispecie da cui scaturisce l'obbligo risarcitorio, sia che il soggetto leso muoia immediatamente, sia che sopravviva per un certo lasso di tempo. L'Autore afferma che, da ciò consegue che il momento della morte appartiene ancora alla vita (*momentum mortis vitae tribuitur*) sicchè l'azione dolosa o colposa e l'evento di danno costituito dal decesso della vittima hanno un punto di contatto, altrimenti si cade per davvero nel sofisma di Epicuro sul mancato incontro tra l'uomo e la morte: secondo Epicuro, infatti, l'uomo non incontra mai la morte, perché quando c'è l'uomo non c'è la morte e, quando c'è la morte, non c'è più l'uomo. Ne consegue che, militano a favore della trasmissibilità *iure haereditario* del credito risarcitorio, possibile perché, quando il soggetto leso muore, a seguito della lesione, si sono già prodotti tutti gli elementi della fattispecie da cui trae origine l'obbligo risarcitorio: 1) il brocardo latino "*momentum mortis vitae tribuitur*", per cui il momento della morte si imputa alla vita (in caso di morte istantanea), 2) la mancanza nel nostro ordinamento giuridico di un principio generale per cui "*actio personalis moritur cum persona*" (esistente invece nella common law, dove è eccezionale

¹⁵¹ Giannini-Pogliani, *Il danno da illecito civile*, 1997, 237, op. cit. *supra*.

la sopravvivenza al defunto di un'azione personale), e 3) una ragione di *policy*: sottratto il risarcimento del danno biologico agli angusti limiti dell'art. 2059 c.c., al di fuori delle ipotesi di reato, qualora non si ammettesse la pretesa al risarcimento del danno biologico *iure haereditario*, sarebbe economicamente più vantaggioso provocare la morte di una persona, piuttosto che causarne il solo ferimento. Ripugnante è un tale risultato, che urterebbe contro i sentimenti di giustizia e di equità.

Tuttavia, la Suprema Corte di Cassazione, come detto, nel 1989, boccia il danno biologico da uccisione¹⁵². Nel caso di specie, il Biscotti R., mentre lavorava, è stato travolto da una rovina ed è deceduto "pochi istanti dopo". Condannato il titolare per omicidio colposo, gli aventi diritto hanno richiesto anche il danno biologico *jure haereditario*. Così la Corte Suprema ha dichiarato quanto segue: "è pur vero che un tale danno non può qualificarsi sotto l'aspetto di riparazione alle lesioni apportate ad un diritto personalissimo del soggetto qual è quello sopra profilato, e, comunque, nei casi di specie esso non può essere riconosciuto nei confronti di soggetti comunque estranei all'ambito di riferibilità di una tale lesione, non avendo subito danno alcuno nella loro integrità psico-fisica", il che significa che la lesione della salute è lesione di un diritto personalissimo, la

¹⁵² Cass. . civ., 20 dicembre 1988, n. 6938, in Resp. civ. prev., 1989, 1173 con nota di Monateri.

pretesa risarcitoria che trae origine dalla lesione dello stesso non può trasmettersi *iure hereditario*, ossia agli eredi, i quali non possono neppure agire *iure proprio* per il danno biologico, perché non l'hanno subito. «In sostanza il danno biologico è il danno per le disutilità subite continuando a vivere con menomazioni invalidanti, ne consegue che la legittimazione attiva spetta solo al soggetto leso. [...] Se si vuol conservare il carattere di diritto personale al diritto alla salute non si può concedere una completa scissione tra tale diritto e la pretesa risarcitoria che scaturisce dalla sua lesione. In tal modo si escludono anche le conseguenze indesiderabili della soluzione del trapasso *iure hereditario* della pretesa»¹⁵³.

Secondo Monateri¹⁵⁴, “il tentativo di ammettere gli eredi a far valere la pretesa al danno biologico del *de cuius* non è altro che “uno de molteplici sotterfugi”, messi in atto una volta che, quando la Corte costituzionale, in *Saporito c. Manzo*, la celebre sentenza n. 184 del 1986, “ha salvato l’art. 2059 c.c. - pur a costo di renderlo un ingombrante brontosauo che ancora si aggira in un mondo ormai dominato da mammiferi”¹⁵⁵ - è venuta meno “la

¹⁵³ Cass. cit. supra in nota n. 99.

¹⁵⁴ Monateri, *Danno biologico da uccisione o lesione della serenità familiare? (L’art. 2059 visto come un brontosauo)*, in *Resp. civ. prev.*, 1989, 1173 ss.

¹⁵⁵ Monateri, *Danno biologico da uccisione o lesione della serenità familiare? (L’art. 2059 visto come un brontosauo)*, in *Resp. civ. prev.*, 1989, 1173 ss.

via maestra” da percorrere, ossia quella di sbarazzarsi dell’art. 2059 c.c. e in più far lievitare i risarcimenti normalmente concessi a titolo di danno morale ai congiunti. Ciò perché l’art. 2059 c.c. pone limiti “ingombranti” al risarcimento del danno morale, a causa dei quali il risarcimento concesso ai congiunti per la morte del familiare è insoddisfacente, in quanto relega il risarcimento del danno morale ai soli casi di reato e, in virtù di una consolidata interpretazione restrittiva giurisprudenziale, lo concede soltanto ai congiunti in conseguenza della morte, e solo della morte del familiare defunto, in misura per di più irrisoria, tanto da far risultare più conveniente economicamente uccidere, piuttosto che ferire. Venuta ormai meno tale “via maestra”, i sotterfugi sono molteplici. Non solo quello del danno biologico da morte *iure haereditario*, ma anche l’estensione dell’idea di danno biologico fino a ricompredervi il danno subito dal marito per la *loss of consortium* con la moglie, che si desume dal celebre precedente della Suprema Corte di Cassazione *Santarelli c. Santandrea e Lucidi*¹⁵⁶ (caso in cui un medico aveva determinato la necrosi della vescica della paziente Santandrea, mediante introduzione di un liquido caustico nel corso di una cistoscopia. Il reato era stato dichiarato estinto per amnistia. Il Lucidi, marito

¹⁵⁶ Cass. civ. dell’11 novembre 1986, n. 6607, in *Foro it.*, 1987, I, 833 con nota di A.M. Princigalli; *Giur. it.* 1987, I, 2042 con nota di S. Piatti; *Giust. civ.*, 1987, I, 573 con nota di Alpa; *Nuova giur. civ. comm.* 1987, I, 351, con nota di G. Ferrando.

della paziente, agì anche *jure proprio* per il ristoro dei danni conseguenti dal non aver avuto e dal non poter più avere, rapporti sessuali con la moglie. Questo concreta un tipico caso di *Loss of enjoyment of life*. Qui, la Suprema Corte, cassando la sentenza di appello, giunge a riconoscere un danno immediato e diretto in capo al marito, derivante dalla lesione di un “diritto inerente alla sua persona, quale modo di essere della sua personalità nell’ambito della famiglia”. Secondo la Corte Suprema, il modo di essere della persona nell’ambito della famiglia non è altro che un aspetto di quel “valore uomo”, la cui offesa concretizza il c.d. danno biologico¹⁵⁷. L’offesa al modo di essere della persona nel contesto familiare, benché cagionata da un fatto materialmente subito dall’altro coniuge, è perciò danno biologico *iure proprio*.

Il Tribunale di Milano nel caso *Sanna e D’Angelo*¹⁵⁸, rifacendosi a tale precedente della Suprema Corte, ha assunto l’esistenza di *un diritto alla serenità familiare*. L’invenzione di un tal diritto è un ulteriore “sotterfugio”, volto sostanzialmente ad assicurare un più equo risarcimento del danno, di fronte alla rigidità del sistema della responsabilità civile, il più possibile “integrale”. Nel caso di specie, i genitori della danneggiata, resa modestamente

¹⁵⁷ Sentenze n. 2396/83 e n. 3025/85 della S.C.

¹⁵⁸ Trib. Milano del 18 febbraio 1988 in *Resp. civ. prev.*, 1988, 454 con nota di Scalfi.

autosufficiente a causa di una lesione cerebrale alla nascita, chiedevano il ristoro dei disagi e dei patemi d'animo subiti. Il tribunale rigettò la domanda, dichiarando impossibile consentire il ristoro di patemi d'animo a titolo di indennizzo del danno morale subito da soggetti diversi dalla vittima del reato quando tale vittima sia rimasta in vita¹⁵⁹. Pur rigettando la domanda, il Tribunale tuttavia assunse un atteggiamento "simpatetico verso i genitori ed un approccio decisamente orientato al risultato. Ricercò così un loro titolo autonomo al risarcimento, svincolato dal danno morale – aggirando così gli angusti limiti del 2059 c.c. – trovando una voce di danno risarcibile non riflessa, ma diretta ed immediata. In questo modo trovò che sussisteva una lesione alla serenità familiare, tutelata dall'art. 29 Cost., dagli artt. 1 e 2, dalla legge 1 dicembre 1970, n. 879, e dall'art. 8 della Convenzione Europea a salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e, a sostegno di una tale "ardita" tesi, si rifece al precedente della Suprema Corte, il caso *Santarelli c. Santandrea e Lucidi* citato, statuendo che : «chiunque altera in misura rilevante tali equilibri familiari lede pertanto un diritto soggettivo riconosciuto come tale a ciascun componente della "formazione sociale" familiare». Secondo il Monateri,

¹⁵⁹ Resp. civ. prev., 1988, 457. Come precedente della Suprema Corte in merito ad es. Cass. civ. 15 ottobre 1971, n. 2915 citato dallo stesso Tribunale.

l'invenzione della lesione alla serenità familiare è quindi anche una conseguenza di un "atteggiamento eccessivamente restrittivo della giurisprudenza nei confronti del danno morale ai prossimi congiunti. Quello della tutela risarcitoria della serenità familiare diventa così un "escamotage", appunto usando le parole dell'Autore, "un sotterfugio", "un'invenzione"¹⁶⁰, con cui il Tribunale milanese può comunque concedere il risarcimento che reputa "equo" riconoscere, senza per questo violare i precedenti della Suprema Corte di Cassazione, che non riconosceva il risarcimento del danno morale in capo ai prossimi congiunti del danneggiato, al di fuori dell'ipotesi di evento letale. "Come spesso avviene", continua l'Autore, l'invenzione di una nuova categoria di danno patrimoniale consegue ad un atteggiamento restrittivo verso il danno morale. Nonostante sussistano sostanziali e significative differenze tra i "sotterfugi" descritti, tuttavia, se si

¹⁶⁰ Alcuni giudici si sono avventurati in fantasiose ricostruzioni: il Trib. Milano, 16 maggio 1988, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 152, con nota critica di Visintini, ha configurato, in un'ipotesi di lesioni cerebrali permanenti riportate da una ragazza in un incidente, una lesione del diritto dei genitori alla "serenità familiare", fondato sull'art. 29 Cost; Trib. Verona, 15 ottobre 1990, in *Resp. civ. e prev.*, 1990, p. 1039, con nota di Navarretta evoca il diritto dei genitori ad educare ed istruire il figlio (art. 30 Cost.) e risarcisce loro il danno biologico, inteso come danno alla vita di relazione. Trib. Milano, 18 giugno 1990, in *Foro it.*, 1990, I, c. 3498.

Nell'ambito della dottrina, nega la risarcibilità dei danni morali ai congiunti dell'infortunato, fondandosi sulla natura punitiva del ristoro, Bonlini, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 481 ss. Tra i favorevoli, Forchielli, *Il danno morale al bivio. Irrisarcibilità del congiunto dell'infortunato sopravvissuto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, p. 330 ss.; Mastropaolo, *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983, p. 60 ss; Franzoni, *La liquidazione del danno alla persona, nel Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia* diretto da Galgano, Padova, 1990, p. 249 ss.; D'Amico, *Il danno da emozioni*, Milano, 1992, p. 152 ss.

Invece la sostiene, fra gli altri: Stefani, *Il risarcimento del danno da uccisione*, Milano, 1984, p. 14.

afferma che chiunque alteri in misura rilevante gli equilibri familiari, protetti dalla legge, dalla Costituzione e dalla Convenzione Europea, è costretto a risarcire tale danno, ne consegue che chi uccide un congiunto altera senza dubbio in modo rilevante siffatti equilibri. “Nessuno dei sotterfugi messi in atto”, afferma Monateri, “è perfetto, ma ve n’è di migliori e di peggiori”. Un risarcimento ai congiunti in caso di uccisione del familiare, svincolato dai limiti dell’art. 2059 c.c., può conseguirsi in due modi: 1) o mediante il c.d. danno biologico da uccisione, o 2) mediante la lesione della serenità familiare. A parere dell’Autore, la prima soluzione va respinta, ed è stata giustamente respinta dalla Suprema Corte di Cassazione, viceversa, la seconda soluzione va abbracciata. Questa fa riferimento alla famiglia effettiva, alla effettiva sussistenza di equilibri familiari compromessi, e non invece agli eredi, così fuggendo dall’ipotesi, di assai dubbia accettabilità, in cui, morto Tizio, travolto da un accidente, “senza eredi”, lo Stato subentri nell’asse ereditario a far valere la sua pretesa a favore dell’erario. È questa una soluzione che le Corti possono adottare, quella di rafforzare la tutela dei prossimi congiunti, in quanto tali, a prescindere dalla loro qualità di eredi, a prescindere dal 2059 c.c. Di converso, il Giannini¹⁶¹ afferma che è impossibile configurare

¹⁶¹ Giannini,

un diritto alla serenità o alla felicità (tanto che la stessa Dichiarazione d'indipendenza nordamericana ha statuito per l'uomo non il diritto alla felicità ma il diritto a *perseguire* la felicità, c.d. "*pursuit of happiness*") o ad altri stati d'animo, e ancora più "arduo" prevederne la tutela aquiliana. Lo Scalfi¹⁶² infatti, commentando la sentenza del Tribunale di Milano del 18 febbraio 1988 ha osservato che non esiste una tutela aquiliana della serenità familiare, perché la serenità non è un diritto della persona o della famiglia, ma un fatto esclusivamente morale. Giannini continua, affermando che la legge non può proteggere il "sentimento interno dell'uomo", al suo; ma può e deve tutelare il "*modo di essere della persona*", con tutti i suoi diritti e doveri che si manifestano in rapporti e attività esplicitanti all'esterno. Un tale modo di essere della persona è tutelato giuridicamente "nella misura in cui è tutelata la persona" mediante la protezione accordata ai diritti soggettivi di cui ha la titolarità. Secondo l'Autore, il problema del danno subito dai familiari della vittima di un illecito, esiste e va risolto mediante il concetto di danno biologico. Ovviamente non tutte le lesioni comportano il diritto dei familiari al risarcimento del danno *iure proprio*, ma solo quelle lesioni che incidono in modo apprezzabile sul loro modo di essere, "ossia che impediscono al marito l'essere marito, alla

¹⁶² Scalfi, *Diritto alla serenità familiare?*, in *Resp. civ. prev.* 1988, segnatamente a pag. 470.

moglie l'essere moglie, al padre l'essere padre, al figlio l'essere figli, e così via"¹⁶³. Così se può legittimamente configurarsi un danno biologico in capo agli stretti congiunti per la lesione fisica riportata da un familiare, a maggior ragione questo potrà profilarsi quando il rapporto del matrimonio o il rapporto tra genitori e figli venga non meramente sconvolto o limitato, ma addirittura "soppresso" a causa dell'uccisione del familiare ad opera di un terzo. Qui il Giannini ritiene non trattarsi del mero dolore o della sofferenza per la morte del marito o del padre o del figlio – sofferenza che integra il danno morale – ma di un danno che sta nel fatto storico di non avere più il marito o il padre o il figlio. Il fatto del terzo ha impedito alla persona di essere padre o madre o figlio.

"Concludendo, La morte ingiusta di un familiare, più che turbamento della serenità domestica è la inemendabile e totale lesione dei diritti che si esplicano nell'ambito della famiglia; lesione che comportando l'ingiusta compromissione del modo di essere dei familiari – modo di essere tutelato sia dalla norma ordinaria, come dalla norma costituzionale – concretizza un'ipotesi di danno biologico, il cui risarcimento va assegnato iure proprio ai familiari in tal modo danneggiati"¹⁶⁴.

¹⁶³ Giannini, *Il danno biologico in caso di morte*, in *Resp. civ. prev.*, 1989, pag. 391

¹⁶⁴ Busnelli F.D., *Figure controverse di danno alla persona nella recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 1990, 469 ss. In tal senso, ossia contro la configurazione di un danno biologico da

Nelle pagine che riproducono il suo intervento tenuto alla tavola rotonda su «Lo stato di salute del danno alla salute»¹⁶⁵, Busnelli nel 1990, afferma che, se la premessa indiscussa sulla quale poggia e trova il suo fondamento legittimante la controversa figura del danno biologico da morte è quella della identificazione del danno biologico con la «lesione di un diritto personalissimo», non è del tutto peregrino sostenere la «istantaneità» dell'insorgere di un diritto (patrimoniale) del leso al risarcimento, e la possibilità di «distinguere» tale momento da quello, necessariamente successivo, della morte¹⁶⁶. Tale tesi è il frutto del recepimento dell'insegnamento carneluttiano: «*Danno è dunque lesione d'interesse*»¹⁶⁷. Proprio nell'anno, 1925, in cui Carnelutti pubblicava il suo volume, «*Il danno e il reato*», le Sezioni Unite¹⁶⁸, sotto la presidenza di D'Amelio, mettevano in discussione, come abbiamo visto, una tale premessa denunciando l'insidia di un eccessivo accostamento tra illecito civile e illecito penale e ribadendo la classica distinzione

morte risarcibile *iure successionis*: Monateri, *Responsabilità extracontrattuale-fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 482 ss.; Cendon- Gaudino- Ziviz, *Responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 998 ss.; Franzoni M., *I fatti illeciti*, in *Comm. C.c. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 1993, sub art. 2057, p. 1048 ss.; Comandè, *Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 899 ss.; anche la Suprema Corte si è espressa criticamente: Cass., 20 dicembre 1988, n. 6938, in *Resp. civ. prev.*, 1989, p. 1173 ss., con commento di Monateri, *Danno biologico da uccisione o lesione della serenità familiare? (l'art. 2059 c.c. visto come un brontosauo)*.

¹⁶⁵ Isola d'Elba 26 maggio 1990.

¹⁶⁶ Busnelli F.D., *Figure controverse di danno alla persona nella recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 1990, 469 ss.

¹⁶⁷ Carnelutti, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, 17.

¹⁶⁸ Cass. Sez. Un., 22 dicembre 1925, in *Giur. It.*, 1926, I, 1, c. 224, cit. *supra*.

civilistica tra il “fatto lesivo in sé” e le “conseguenze” ad esso relative nei termini di danno «arrecato» e «cagionato»¹⁶⁹.

Un ritorno all'identificazione del danno con l'illecito, ispirato al nuovo «clima creato dalla Costituzione, che rende necessario ricondurre l'illecito civile ai principi e alle regole della teoria generale dell'illecito»¹⁷⁰, è solo apparentemente raccomandabile sul piano della giustizia sostanziale. Ma, secondo Busnelli¹⁷¹, “anacronistico” sarebbe oggi un ritorno alla “diagnosi” realizzata più di sessant'anni fa da Carnelutti in questi termini: «la diagnosi del reato, come quella dell'atto illecito in genere, ci presenta la sua sostanza *come lesione di un interesse*; la stessa sostanza che ha il danno risarcibile»¹⁷². Ciò non fa altro che deporre a favore della declinazione del danno in termini di «danno-evento», ossia di mero “evento lesivo”.

¹⁶⁹ Come afferma Busnelli F. D., in *Illecito Civile*, in Enc. giur., XXVII, Roma, 1991: «Il processo causale è contrassegnato da un iter a formazione successiva che si sviluppa in due fasi: le quali, pur essendo strettamente coordinate nella loro successione logica e cronologica, sono tuttavia separate da una netta soluzione di continuità. Nella prima fase, che tende a ricostruire il fatto dannoso attraverso la ricerca del collegamento materiale tra condotta ed evento, si manifestano gli stessi aspetti che caratterizzano il problema causale in sede penale. Vi si aggiunge, però, una ricerca dell'eventuale concorso di concause estranee alla condotta del responsabile, al fine di commisurare entro certi limiti – nel successivo giudizio del quantum dei danni imputabili – la responsabilità dell'agente all'efficienza causale della sua condotta. Terminata la prima fase con esito positivo – e cioè con la ricostruzione del fatto dannoso (condotta + evento) – ha inizio la seconda, che si sostanzia nella ricerca del collegamento giuridico tra il fatto e le conseguenze dannose, nella determinazione dei limiti da porre alla serie (tendenzialmente infinita) di tali conseguenze».

¹⁷⁰ Sentenza Corte cost. n. 184 del 1986, cit. *supra*.

¹⁷¹ Busnelli F.D., *Figure controverse di danno alla persona nella recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 1990, 469 ss. cit. *supra*.

¹⁷² Carnelutti, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, cit. *supra*.

Busnelli usa le parole di Scognamiglio¹⁷³, il quale sottolinea il graduale passaggio avutosi «dalla teoria che riconduce la responsabilità civile alla prospettiva dell'illecito» a una concezione più moderna «che fa capo all'idea della reazione al danno ingiusto». Egli afferma infatti che la stessa funzione della responsabilità civile - che da funzione tipicamente sanzionatoria diventa una funzione essenzialmente compensativa (o di *compensation*), volta a reintegrare le conseguenze, ossia una funzione di ripristino — almeno in una prima approssimazione — della situazione preesistente all'illecito, sia in forma specifica, ove possibile, sia per equivalente - spinge a mettere da parte, una volta per tutte, l'equazione “*danno= lesione di un interesse*” e a “distinguere” tra l'interesse leso, in sé considerato, e le conseguenze dannose. Queste, a parere di Salvi, e non l'interesse leso devono essere economicamente valutabili, e ciò in quanto il requisito della patrimonialità attiene al danno, e non al bene leso dal fatto dannoso. Questa conclusione, cui, a parere dell'Autore, si giunge riconsiderando la nozione di danno (patrimoniale) alla luce della più moderna concezione della responsabilità civile, non dovrebbe essere trascurata anche quando, in accoglimento dell'invito della Corte costituzionale, si proceda a “una rilettura costituzionale di tutto il sistema codicistico dell'illecito civile”;

¹⁷³ Scognamiglio R., in Scritti giuridici, I, Milano, 1996.

una negligenza che, al contrario, si ravvisa quando tale “rilettura” sia orientata verso una nuova prospettiva sanzionatoria, volta a fornire una tutela necessaria e costante a tutti “i diritti e interessi dalla Costituzione dichiarati fondamentali”, per il solo e unico fatto che tali diritti e interessi siano stati lesi. “Tali lesioni hanno autonomo rilievo sia rispetto alle sofferenze e ai perturbamenti psichici..., sia rispetto agli eventuali danni patrimoniali: e la loro riparazione è doverosa, in quanto i suddetti valori sono, appunto, oggetto di diretta protezione costituzionale”¹⁷⁴, a prescindere dalle conseguenze. Allo stesso modo, Castronovo¹⁷⁵ constata come la responsabilità civile sia divenuta sede di “insofferente affermazione” di nuovi diritti nelle relazioni tra privati, e come il danno alla salute ne rappresenti “la punta estremamente avanzata della tutela della persona”. «L’incrinatura o l’offesa di quest’ultima, comunque si verifichi e in quali forme, innesca ormai immediatamente la prospettiva del rimedio risarcitorio, in funzione del quale si tratta soltanto di individuare il diritto costituzionalmente garantito o di crearlo *ad hoc* per poi trovarne la norma di protezione nella Carta fondamentale»¹⁷⁶. Ne consegue che il danno biologico

¹⁷⁴ Sentenza della Corte cost., n. 561 del 1987.

¹⁷⁵ C. Castronovo, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, pag. 151

SS.

¹⁷⁶ C. Castronovo, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, pag. 151.

sembra assolvere la funzione di “clausola generale giurisprudenziale”, step necessario (passaggio obbligato) ai fini del riconoscimento della risarcibilità delle mere lesioni di interessi inerenti la persona. Sostanzialmente i giudici tendono a ricondurre nel danno biologico, o ad assimilare allo stesso in caso di impossibilità di identificazione la lesione di un diritto, ritenuto meritevole di tutela e perciò suscettibile di tutela risarcitoria¹⁷⁷. È come se il comportamento mostrato dalla giurisprudenza verso la “clausola del danno biologico” sia analogo a quello adottato nei confronti della “clausola ex art. 2043 c.c”: «come questa viene concretizzata dando all’interesse che si intende tutelare la veste di situazione soggettiva, la prima viene riempita di diritti della persona, per di più fatti rilevare in quanto costituzionalmente tutelati»¹⁷⁸. Questo stesso atteggiamento adatterà anche il Tribunale di Firenze nell’ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale di cui parleremo in seguito¹⁷⁹.

“Massime sibilline” e “forzature logiche” caratterizzano per il Busnelli questa fase sia nella giurisprudenza che nella dottrina,

¹⁷⁷ Così ha fatto la Cass. civ. 11 novembre 1986, n. 6607, in *Giust. Civ.*, 1986, I, p. 3032 ss.; Trib.

Verona 15 ottobre 1990, in *Foro it.*, 1991, I, 261; in Nuova giur. civ. comm., 1991, I, p. 357; in preda «ad una sorta di ebbrezza creativa» (M.V. De Giorgi, *Danno alla salute*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, p. 850).

¹⁷⁸ C. Castronovo, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, pag. 153; Salvi, *Responsabilità extracontrattuale*, in *Enc. dir.* XXXIX, Milano, p. 1258: “la cultura solidaristica ed egualitaria delle società contemporanee tollera... sempre meno che il danno non venga risarcito”; Ripert, *La prix de douleur*, in *Rec. Dalloz*, 1948, Chr., p. 1, diceva non essere strano che in una società nella quale il denaro afferma il suo potere tanto brutalmente si amplii la domanda di ristoro anche di quel danno morale che originariamente è estraneo alla valutazione economica.

¹⁷⁹ Trib. Firenze 10 novembre 1993, n. 2879 (ord.)

come la massima del Tribunale di Milano¹⁸⁰, poc'anzi citata, il quale nell' "ideare" l'inedita figura di danno alla serenità familiare, lo qualifica come danno patrimoniale, pur non potendosi negare che la vera essenza del danno alla serenità domestica è riconducibile a valori di difficile uniforme ed oggettiva valutazione patrimoniale. Ma – concludono i giudici milanesi - una "comunque forzata interpretazione" dell'art. 2043 sarebbe "in astratto pur sempre possibile... in riferimento agli artt. 2 e 29 Cost." Tuttavia Busnelli ritiene che rileggere costituzionalmente il sistema codicistico dell'illecito civile, al fine di garantire un minimo di tutela risarcitoria per la violazione dei diritti costituzionalmente dichiarati fondamentali¹⁸¹ non costituisce, con le sue massime sibilline e le sue forzature logiche, una necessità interpretativa per conseguire soluzioni improntate a giustizia sostanziale. Se fosse così si dovrebbe accettare questa commistione tra anacronistici ritorni al passato dal punto di vista sistematico (ossia l'equazione danno= illecito) e "avventurose fughe in avanti"¹⁸² sul piano della interpretazione costituzionale, così da arrivare perfino ad accettare, con rassegnazione, il

¹⁸⁰ Trib. Milano del 16 maggio 1988, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 152, con nota di G. Visintini.

¹⁸¹ Cort cost. n. 184/1986 cit.

¹⁸² Busnelli F.D., *Figure controverse di danno alla persona nella recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 1990, 469 ss.

“sotterfugio” – usando le parole del Monateri¹⁸³ - della violazione del diritto alla serenità familiare e della legittimazione *iure haereditario* ad agire per danni da uccisione del congiunto, ossia il c.d. danno biologico da morte. In realtà, per far sì che non accada ciò, basta che 1) si evitino commistioni indebite tra tutela risarcitoria ed altre forme di tutela civile dei diritti, come l'azione inibitoria, satisfattiva in forma specifica, restitutoria...da cui non può non desumersi un completo sistema di tutela dei diritti fondamentali della persona; 2) si distingua tra risarcimento del danno patrimoniale e relativa funzione essenzialmente compensativa e risarcimento del danno non patrimoniale e relativa funzione preventivo-punitiva; e 3) si riesamini criticamente l'interpretazione giurisprudenziale che riduce in modo ingiustificato l'ambito di operatività – già legislativamente delimitato – dell'art. 2059 c.c.

La pretesa di ricondurre nell'alveo della responsabilità civile forme di tutela preventiva, ossia che mirano non tanto a risarcire un danno, quanto a prevenirlo, ha causato “uno sviluppo distorsivo della responsabilità civile”, incentrato su quella che l'Autore definisce “un'ambigua identificazione”¹⁸⁴ tra lesione

¹⁸³ Monateri, *Danno biologico da uccisione o lesione della serenità familiare? (L'art. 2059 visto come un brontosauo)*, in *Resp. civ. prev.*, 1989, 1173 ss.

¹⁸⁴ Busnelli F.D., *Figure controverse di danno alla persona nella recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 1990, 469 ss.

dell'interesse e danno. Un esempio è la creazione del danno all'ambiente, art. 18 legge 8 luglio 1986, n. 349 e, in particolare, nella sua interpretazione costituzionale: la norma in questione parla di “violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge”; e la Corte costituzionale dichiara che “le dette violazioni si traducono, in sostanza, nelle vanificazioni delle finalità protettive e per se stesse costituiscono danno”¹⁸⁵. Tuttavia, ricorrere alla tutela risarcitoria, al di là dei suoi confini naturali, quando manca un danno risarcibile comporta o “l’invasione indebita” del settore di operatività di una diversa forma di protezione (inibitoria, restitutoria...) o “l’invenzione” di una forma di protezione non prevista dalla legge, e quindi ingiustificata e pericolosa con riferimento a quegli stessi principi costituzionali alla luce dei quali dovrebbe rileggersi il sistema della responsabilità civile, così da non realizzare, nei fatti, l’auspicata protezione dei diritti fondamentali. “Invenzioni” siffatte, ossia, usando le parole del Monateri¹⁸⁶, “sotterfugi” siffatti, come la violazione della serenità familiare e il danno biologico da morte, non implicano l’accertamento di un danno vero, ma postulano un fantomatico danno “né patrimoniale né

¹⁸⁵ Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641.

¹⁸⁶ Monateri, *Danno biologico da uccisione o lesione della serenità familiare? (L’art. 2059 visto come un brontosauo)*, in *Resp. civ. prev.*, 1989, 1173 ss.

non patrimoniale”¹⁸⁷, ovvero si invoca un “danno presunto” (metti castronovo) che si esaurirebbe nella “lesione della salute”, la quale a sua volta costituirebbe “l’essenza antiggiuridica dell’intero fatto realizzativo del danno biologico”¹⁸⁸. Inventare un danno al solo fine di sanzionare un illecito, continua Busnelli, non sembra il giusto strumento con cui garantire adeguata protezione ai diritti fondamentali della persona. Più corretto sarebbe, invece, verificare se, in quegli stessi casi, ricorra un vero danno, così da fondare su di esso un’azione di risarcimento.

Nel procedere a una tale verifica, ritiene il Busnelli, può manifestarsi “una diffusa confusione tra il concetto (e la funzione) del danno patrimoniale e il concetto (e la funzione) del danno non patrimoniale”¹⁸⁹. Se il Tribunale di Massa¹⁹⁰ afferma che : “la morte di un essere umano deve essere adeguatamente risarcita e non solo con il compenso irrisorio per il danno morale, sovente attribuito come unica conseguenza patrimoniale a carico del responsabile in misura inferiore a certi indennizzi liquidati per semplici micro-permanenti”¹⁹¹, Busnelli, al contrario, sostiene che al risarcimento del danno non patrimoniale non

¹⁸⁷ Cass. civ., 11 novembre 1986, n. 6607; Trib. Milano, 16 maggio 1988, cit.

¹⁸⁸ Corte cost., n. 184 del 1986 cit.

¹⁸⁹ Busnelli F.D., *Figure controverse di danno alla persona nella recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 1990, 469 ss.

¹⁹⁰

¹⁹¹ Così Trib. Massa, 20 gennaio 1990, in ed., che riproduce alla lettera una pagina di G. Giannini, *Il danno alla persona come danno biologico*, Milano, 1986, p. 128.

possa mai essere attribuita una funzione compensativa, caratteristica invece del danno patrimoniale, a condizione che se ne provi la sussistenza: il che, di solito, avviene quando i congiunti della vittima riescono a fornire la prova che quest'ultima corrispondeva loro, costantemente e a lungo, sovvenzioni costituenti un concreto e sicuro beneficio economico. L'Autore ritiene che al di là di queste ipotesi, non ha senso parlare di "un'integrazione del risarcimento del danno non patrimoniale" per rispondere a una finalità compensativa quando in realtà difetti un vero e proprio danno (patrimoniale) da compensare. Ma ciò non vuol dire che il risarcimento del danno non patrimoniale debba sempre limitarsi a un "compenso irrisorio", tanto da costringere dottrina e giurisprudenza a ricorrere "all'espedito integrativo del danno biologico da morte", senza invece attribuire un risarcimento del danno non patrimoniale più consistente e, di conseguenza più equo, sulla base della particolare gravità del fatto dannoso.¹⁹² Busnelli ravvisa "fallacia" nel citato argomento logico di Giannini: "se il danno biologico consiste nella lesione del diritto alla salute, non è concepibile che venga risarcita la semplice menomazione e non

¹⁹² Così M.V. De Giorgi: «...continua anche la tendenza dei giudici ad attribuire somme irrisorie a titolo di danni morali. Così, là dove sarebbe preferibile ... adeguare le somme attribuite a titolo di (danni) non patrimoniali, si preferisce, proprio sbiadendo ragioni di giustizia sostanziale, escogitare il danno biologico da morte», *Corte Cost. n. 372 del 1994: il danno biologico a causa di morte secondo la Corte Cost.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, p. 422.

anche la sua totale soppressione”. A risultare fallace, dichiara il Busnelli, è la premessa (maggiore) del suddetto sillogismo del Giannini. Ma “se, abbandonando l’equivoca identificazione tra danno biologico e lesione della salute, si torna a configurare il danno alla salute come danno suscettibile di valutazione economica, il c.d. argomento logico (del Giannini) cede di fronte alla constatazione elementare che, secondo una regola generale in materia di responsabilità civile, il responsabile è tenuto a risarcire tutto il danno cagionato, ma niente più di quello”¹⁹³. Né il c.d. argomento logico si può riproporre invocando una disparità di trattamento “che comporterebbe un grado di tutela maggiore per un’offesa di grado minore”¹⁹⁴. Qui, la falsità dell’“argomento logico” sta nell’implicito presupposto secondo cui in tutte e due le ipotesi il danneggiato coinciderebbe con l’offeso, mentre ad agire per il risarcimento dei danni per i danni semplicemente l’erede del danneggiato. Tuttavia, ciò non è altro che una conseguenza dell’identità danno biologico = lesione della salute. Una volta che questa cade, cade necessariamente anche quella. Per di più si chiede Busnelli, come il Monateri, se è sostanzialmente giusto che lo Stato, nel caso in cui sia l’unico

¹⁹³ Busnelli F.D., *Figure controverse di danno alla persona nella recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 1990, 469 ss.

¹⁹⁴ Così, Trib. Catanzaro, 13 marzo 1989, in *Dir. prat. Sin. Strad.*, 1989, 277.

erede della vittima, venga risarcito per il danno biologico da morte¹⁹⁵.

Il Busnelli afferma che un danno biologico da morte, distinto dal danno morale e complementare a questo, può invece essere legittimamente risarcito a un congiunto della vittima, se si riesce a provare che l'evento mortale ha cagionato un danno alla salute psichica del congiunto, economicamente valutabile e non riducibile nei termini generici del danno alla vita di relazione¹⁹⁶.

Sono però casi ristretti quelli di questo tipo: ad esempio, è il caso di un bambino rimasto traumatizzato, con postumi permanenti per la sua salute psichica, dopo aver assistito alla morte di un genitore in un incidente stradale, da cui il figlio non ha riportato alcun danno alla sua salute fisica.

Il danno alla serenità familiare è, secondo l'Autore, espressione della confusione tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale, come si evince dalla già citata sentenza del Tribunale di Milano che dopo avere riconosciuto "la difficile, uniforme e oggettiva valutazione patrimoniale di tale danno", qualifica lo stesso come danno patrimoniale al solo fine di

¹⁹⁵ Così anche Monateri, *Danno biologico da uccisione o lesione della serenità familiare? (L'art. 2059 visto come un brontosauo)*, in *Resp. civ. prev.*, 1989, p. 1178: " E, inoltre, potrebbe muoversi alla *doctrine* (ossia alla "dottrina" di Giannini, fatta propria da codesti Tribunali) dei Tribunali di Massa e di Roma l'obiezione più lapalissiana: Tizio, travolto da un accidente, muore senza eredi, lo Stato subentra nell'asse a far valere la di lui pretesa a favore dell'erario. Siamo disposti ad accettare tale soluzione?"

¹⁹⁶ Trib. Treviso, 13 marzo 1986, in *Dir. prat. Ass.*, 1987, p. 405.

“consentire una maggiore tutela ricevendo protezione anche nelle ipotesi di lesioni provocate da illecito civile non costituente reato”¹⁹⁷. Una tale “manipolazione” della differenza di concetto tra i due fondamentali modelli di danno, sottolinea l’Autore, è volta a perseguire un obiettivo di giustizia sostanziale che non solo opinabile, ma, che, per di più, può essere meglio perseguito.

In verità, premesso, ad avviso dell’Autore, che la funzione del risarcimento del danno non patrimoniale è una funzione preventivo-punitiva, potrà riflettersi se il limite imposto dall’art.2059 c.c. sia, attualmente, troppo rigido e scarsamente idoneo alla “punizione” dei nuovi gravi attentati ai diritti fondamentali della persona.

Non è da condividere per il Busnelli la metafora, ideata dal Monateri¹⁹⁸, dell’art. 2059 c.c. “come un brontosauo”. A tale metafora «se ne potrebbe contrapporre un’altra, ossia quella del vecchio ma esperto sauro (l’art. 2059 c.c.) affiancato al giovane e scalpitante morello (l’art. 2043 c.c. “riletto” alla luce dei principi costituzionali) al tiro della carrozza della responsabilità civile: il vecchio sauro potrà, se del caso, essere sostituito (ossia: l’art. 2059 c.c. può essere riformato), ma non eliminato così da lasciare la carrozza in balia dell’impetuosa imprevedibilità del

¹⁹⁷ Trib. Milano, 16 maggio1988, cit.

¹⁹⁸ Monateri, *Danno biologico da uccisione o lesione della serenità familiare? (L’art. 2059 visto come un brontosauo)*, in *Resp. civ. prev.*, 1989, p. 1173 ss.

giovane morello»¹⁹⁹. Al di fuori della metafora, sembra inopportuno sul piano della giustizia sostanziale, passare da una limitazione troppo rigida del risarcimento del danno non patrimoniale a una liberalizzazione completa dello stesso, così da sconvolgere la distinzione ormai consolidata tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale, così da rendere il giudice “arbitro di mescolare compensazione e punizione”, “affidando ai propri umori l'erogazione di incontrollabili pene private, sulla scia dei *punitive damages* statunitensi. L'Autore ritiene che l'obiettivo di giustizia sostanziale poteva essere perseguito dal Tribunale di Milano ammettendo più coraggiosamente un risarcimento del danno morale a favore dei congiunti di chi, pur non essendo rimasto ucciso, abbia subito una lesione gravissima, pur nella consapevolezza “che la prevalente giurisprudenza ha escluso il risarcimento del danno morale a favore dei prossimi congiunti del danneggiato, al di fuori dell'ipotesi di evento letale”²⁰⁰. Una tale concezione trova il suo fondamento sull'art. 1223 c.c.: rispetto al quale la morte, come causa di patemi d'animo e sofferenze, colpirebbe immediatamente e direttamente i congiunti della vittima, mentre la mera lesione causerebbe sofferenze immediatamente e direttamente alla persona lesa “e

¹⁹⁹²⁰⁰ Trib. Milano, 13 maggio 1982, in *Resp. civ. prev.*, 1983, p. 156.

solo indirettamente e mediatamente il suo congiunto”²⁰¹. Tuttavia, a tale argomento può facilmente replicarsi che la natura dei patemi d’animo del congiunto così come il loro rapporto di causalità con l’illecito, non mutano affatto a seconda che si abbia morte o soltanto lesione della vittima. Infatti, la vera ragione di un tale orientamento giurisprudenziale sta nel timore che “se troppo si allarga la cerchia delle persone ammesse a lamentare l’affetto colpito o il sentimento offeso dall’aggressione di beni altrui..., si rischia di gravare l’istituto della responsabilità di una serie infinita di pretese, basate su allegazioni morali più o meno sincere, dilatando la legittimazione attiva al risarcimento in favore di soggetti estranei a detti beni, e si finisce, in definitiva, con l’incoraggiare e convalidare manifestazioni speculative”²⁰². Sostanzialmente, ciò significa che si sceglie di negare alla radice la legittimazione ad agire, anziché correre il rischio di “manifestazioni speculative”, rinvenendo la fondatezza di una tale “tendenza restrittiva” nella affermazione fatta dall’art. 2059

²⁰¹ Cass. civ., 15 ottobre 1971, n. 2215, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 294.

²⁰² Cass. civ., 21 maggio 1976, n. 1845, in *Resp. civ. prev.*, 1977, 282; così allo stesso si esprimeva De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, III ed., vol. II, pag. 113: «se troppo si allarga la cerchia degli individui ammessi a lamentare l’affetto colpito, il sentimento offeso dall’aggressione degli altrui beni, rischiasi di gravare l’istituto della responsabilità di una serie infinita di pretese, basate su allegazioni morali più o meno sincere, propagando la legittimazione attiva al risarcimento a favore di soggetti che, estranei rispetto ai detti beni, meglio farebbero a non tentare di tradurre in denaro l’eventuale pregiudizio morale indirettamente subito. Sul rigoroso piano del diritto positivo, non v’è alcun indizio atto a far ritenere che, accanto all’interesse non patrimoniale del titolare del bene, sia generalmente tutelato anche l’interesse non patrimoniale del terzo. In linea generale, dunque, assume rilevanza giuridica il solo interesse non patrimoniale del titolare del bene.»

c.c. del carattere eccezionale di tale risarcimento”. Si va verso una contraddizione: da un lato, la giurisprudenza ha assunto la tendenza a depotenziare l’ambito di applicazione dell’art. 2059 c.c. con l’adozione di ingiustificate “tendenze restrittive”, e con liquidazioni del danno non patrimoniale in questione incomprensibilmente irrisorie; dall’altro, evidenziando “l’attuale insufficienza dell’art. 2059 c.c.” in vista della rilettura costituzionale di diritti fondamentali della persona, la giurisprudenza si abbandona ad “invenzioni” di nuove figure di “pseudo” danno, incrementando così il rischio di “manifestazioni speculative”. A questa contraddizione relativa all’art. 2059 c.c., “criticato perché troppo restrittivo, ma allo stesso tempo temuto, perché pericoloso se interpretato estensivamente”, se ne aggiunge un’altra di incongruenza: il riportare alla luce l’orientamento dottrinario della identificazione tra illecito civile e illecito penale al fine di spingere la responsabilità civile oltre i suoi confini tradizionali e di attribuirle il ruolo di strumento privilegiato, o addirittura esclusivo, di tutela di diritti fondamentali della persona costituzionalmente previsti.

4) LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, N. 372 DEL 1994: IL RITORNO AL PASSATO

Pertanto, il fondamento del danno biologico da morte risarcibile *iure successionis* agli eredi, è l'identità danno = lesione dell'interesse, ossia lesione del diritto all'integrità psico-fisica in sé considerata, e, conseguentemente, l'affermazione della risarcibilità del «danno-evento»²⁰³.

Tuttavia, di fronte al contrasto giurisprudenziale e dottrinale sulla risarcibilità e conseguente trasmissibilità di tale danno, il Tribunale di Firenze²⁰⁴, usando la Corte Costituzionale quale arbitro risolutore della disputa, rinvia la questione di legittimità costituzionale. L'obiettivo è quello di trasformare la Consulta in suprema istanza giurisdizionale che consacri definitivamente indirizzi nuovi, ancora troppo incerti²⁰⁵.

«Se la lesione alla salute è l'intrinseca antiggiuridicità obiettiva dell'evento dannoso, del tutto distinto dalle conseguenze, appare evidente che l'evento morte, per quanto ravvicinato all'evento lesione, non può che porsi ontologicamente, prima che temporalmente, tra le conseguenze del fatto; è cioè una

²⁰³ Corte Cost., n. 184 del 1986, cit.; M.V. De Giorgi, in *Enc. dir.*, Risarcimento del danno da uccisione; della stessa autrice, *Corte Cost. n. 372 del 1994. Il danno biologico a causa di morte secondo la Corte Cost.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, p. 425; Castronovo, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, pag.151 ss.

²⁰⁴ Trib. Firenze 10 novembre 1993, n. 2879 (ord.)

²⁰⁵ Castronovo, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, pag. 161, il quale riporta le parole di Ponzanelli, Trib. Firenze, 10 novembre 1993, in *Corr. giur.*, 1994, 103 ss. Che così commenta la decisione dei giudici fiorentini: «Vogliono avere ragione sul piano nazionale e sollevano la questione di costituzionalità». Ma si può indulgere a un simile "uso" della Corte costituzionale?

M.V. De Giorgi, *Corte Cost. n. 372 del 1994. Il danno biologico a causa di morte secondo la Corte Cost.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, p. 420 ss.

conseguenza della violazione; ma la lesione del bene salute e con essa della norma costituzionale posta a garanzia di un bene primario, ovvero il danno evento, si è già verificata», così si è espresso il giudice fiorentino nella sua ordinanza, la cui massima così suona: «è rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost., dell'art. 2043 c.c. e, in subordine, dell'art. 2059 c.c., in quanto non consentono il risarcimento agli eredi del danno all'integrità fisica, che abbia avuto esito mortale, subito dal congiunto e neppure, sotto altro profilo, il risarcimento del danno alla salute subito dai familiari a seguito di quella morte»²⁰⁶.

La pronuncia di illegittimità è stata rigettata, dato che sia l'art. 2043 c.c. sia l'art. 2059 c.c. erano già stati dichiarati, da parte della stessa Corte costituzionale, compatibili con la tutela del diritto alla salute.

La Consulta ha poi negato l'esistenza e, conseguentemente, la trasmissibilità *iure successionis* di un danno biologico in caso di lesioni mortali, correggendo in questo modo le c.d. "ambiguità" della sua precedente sentenza, causa di quello stesso orientamento del tribunale fiorentino, la n. 184 del 1986,

²⁰⁶ Ponzanelli, Trib. Firenze, 10 novembre 1993, in *Corr. giur.*, 1994, 103 ss. e con nota altrettanto negativa: Comandè, Trib. Firenze, 10 novembre 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, c. 81.

secondo cui «il danno alla salute attiene all'evento lesione in sé considerato». Pertanto, il Tribunale fiorentino ritiene di poter inferire che l'evento, in quanto tale, costituisca un "danno presunto". Nella specie, infatti, per quanto concerne la lesione della salute, non si richiede, spesso, la prova della esistenza e consistenza della menomazione psico-fisica²⁰⁷. La Corte costituzionale con la nuova pronuncia opera sostanzialmente una sorta di "interpretazione autentica" del precedente in questione, rilevando che la prova della lesione è, «*in re ipsa*», prova dell'esistenza del danno, «non già che questa prova sia sufficiente ai fini del risarcimento», essendo necessaria «la prova ulteriore dell'entità del danno, ossia la dimostrazione che la lesione ha prodotto una perdita di tipo analogo a quello indicato dall'art. 1223 c.c., costituita dalla diminuzione o privazione di un valore personale (non patrimoniale), alla quale il risarcimento deve essere (equitativamente) commisurato»²⁰⁸. La Corte

²⁰⁷ M.V. De Giorgi, *Corte Cost. n. 372 del 1994. Il danno biologico a causa di morte secondo la Corte Cost.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, p. 425; M.V. De Giorgi, *Immissioni di rumore e tutela della salute*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 799 ss.

²⁰⁸ Così Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, che è stata oggetto di numerosi commenti: in *Foro it.*, 1994, I, 3297, con nota di Ponzanelli, G., *La Corte costituzionale e il danno da morte*; in *Resp. civ. prev.*, 1994, 982, con nota di Scalfi G., *L'uomo, la morte e la famiglia*; *ivi*, 990, con nota di Giannini, G., *La vittoria di Pirrone*, anche in *Corr. giur.*, 1994, 1455; *ivi*, 996, con nota di Navarretta, E., *Dall'esperienza del danno biologico da morte all'impianto dogmatico sul danno alla persona: il giudizio della Corte costituzionale*; in *Nuove leggi civili comm.*, 1995, 415, con nota di De Giorgi, M.V., *Il danno biologico a causa di morte secondo la Corte costituzionale*, cit.; in *Giur. cost.*, 1995, con nota di Amato, C., *Il nuovo cammino del danno biologico da morte: Il trauma affettivo è un danno non patrimoniale*, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 887, con commento di Coco, G.S., *La risarcibilità del danno biologico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*; in *Giur. it.*, 1995, I, 406, con commento di Jannarelli, A., *Il "sistema" della responsabilità civile proposto dalla Corte costituzionale ed i*

costituzionale sostanzialmente afferma che: «l'ostacolo a riconoscere ai congiunti un diritto di risarcimento in qualità di eredi proviene [...] dal [...] limite strutturale della responsabilità civile, [...] 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. A questo limite soggiace anche la tutela risarcitoria del diritto alla salute, con la peculiarità che essa deve essere ammessa, per precetto costituzionale, indipendentemente dalla dimostrazione di perdite patrimoniali, oggetto del risarcimento essendo la diminuzione o la privazione di valori della persona inerenti al bene protetto». Con questa decisione la Corte ha confermato l'orientamento della giurisprudenza, ormai unanime, inaugurato dalle Sezioni Unite del 1925²⁰⁹, secondo cui si ammettono pretese risarcitorie *iure haereditatis* limitatamente ai danni prodottisi tra il momento della lesione e quello della morte.

"problemi" che ne derivano; in Nuova giur. civ. comm., 1995, I, 406, con commento di Ziviz, P., Danno biologico e morte della vittima: equivoci vecchi e nuovi; Navarretta, E., Danni da morte e danno alla salute, in AA.VV., La valutazione del danno alla salute, a cura di M. Bargagna e F.D. Busnelli, III ed., Padova, 1995, 347 ss.; ivi, F.D. Busnelli, Il commento del giurista, 353 ss.; ivi, Bargagna, Il commento del medico legale, 362 ss.; Chindemi, D., Sulla prova del danno biologico da morte "iure proprio", nota ad App. Milano, 11 ottobre 1994, in Nuova giur. civ. comm., 1995, I, 490; Alpa, G., Lesione del diritto alla vita e "danno biologico da morte", ivi, 1995, II, 153 ss. e Monateri, P.G.- Bona, M., in Monateri, P.G.-Bona, M., Il danno alla persona, Padova, 1998, 355 ss.

²⁰⁹Cass. Sez. Unite 22 dicembre 1925, n. 34375, in *Giur. it.*, 1926, I, 1, c. 224, cit. supra.

Affermare la sussistenza di un “danno presunto” è, come sostiene Castronovo²¹⁰, assolutamente gratuito, in quanto dimentica che la lesione deve tradursi in una perdita, in assenza della quale il risarcimento mancherebbe di oggetto. Infatti, la presunzione relativamente al danno risarcibile è in contrasto con la natura stessa della liquidazione del danno, poiché se essa può rispondere alla domanda sull'*an*, non è capace di rispondere alla domanda circa il *quantum*²¹¹, ossia la Consulta dichiara che non si è correttamente intesa la costruzione teorica della precedente sentenza, n. 184/1986, nella quale si definisce il danno biologico “presunto”, identificandolo con il fatto illecito lesivo della salute. Quanto affermato dalla Consulta vale anche per il danno non patrimoniale²¹². Anche se il 1223 c.c è dettato per il danno patrimoniale, se ne deve ipotizzare un'applicazione in via analogica per il danno non patrimoniale, almeno per due motivi: in primis perché quest'ultimo ha smesso di identificarsi con il danno morale, ma riguarda, al pari del danno relativo a situazioni soggettive patrimoniali, situazioni soggettive che

²¹⁰ Castronovo, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, pag.163.

²¹¹ Castronovo, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, pag.163.

²¹² Sebbene una parte della dottrina identifichi ed esaurisca il danno non patrimoniale nella stessa violazione della situazione soggettiva, oltre la quale non si porrebbe una questione di perdita come conseguenza immediata e diretta ex art. 1223 c.c. In questo senso, tra gli altri: D. Messinetti, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 396; C. Salvi, *Responsabilità extracontrattuale*, in *Enc. dir.* XXXIX, Milano, 1988, p. 1209.

differiscono dalle prime, solo in quanto non suscettibili di valutazione economica. In secondo luogo, una volta che il danno non patrimoniale è diventato fonte di responsabilità civile, il risarcimento del danno, comune conseguenza giuridica, richiede una comune disciplina tanto per il danno patrimoniale, quanto per il non patrimoniale, ossia quella di cui all'art. 1223 c.c., rubricato "risarcimento del danno"²¹³. Se la sentenza n. 184 del 1986 aveva fondato la risarcibilità del danno alla salute sull'art. 2043 c.c., la giurisprudenza successiva della suprema Corte di Cassazione²¹⁴ - notando che il danno alla salute pur non causando danni non patrimoniali ex art. 2059 c.c., non ha comunque un'incidenza nella sfera economica tradizionalmente contemplata dall'art. 2043 c.c. - ha reputato necessario, mancando una specifica disposizione, rifarsi ai principi dell'ordinamento giuridico per trovare la norma di produzione della responsabilità. Accolto il suggerimento di autorevole dottrina²¹⁵, la norma è stata rinvenuta per *analogia iuris* nella *ratio* ispiratrice dell'art. 2043 c.c.²¹⁶. La Corte precisa inoltre che

²¹³ Castronovo, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, pag. 164-5.

²¹⁴ Cass. 13 gennaio 1993, n. 357, in *Foro it.*, 1993, I, 1, c. 1897, con nota di De Marzo; Cass. n. 357 del 1993 (l'estensore è il medesimo), Cass., 18 febbraio 1988, n. 2008, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 44, con note di Carusi e Lo Vetro.

²¹⁵ Si è recepita una proposta di Castronovo, "Danno biologico" senza miti, ora in *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, Milano, 1991, p. 108, e *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1985, p. 69, nota 115.

²¹⁶ M.V. De Giorgi, *Corte Cost. n. 372 del 1994. Il danno biologico a causa di morte secondo la Corte Cost.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, p. 425.

alla lesione dell'integrità psico-fisica sempre in via analogica dovrà applicarsi anche l'art. 1223 c.c.

Successivamente alla pronuncia della Corte costituzionale, sono due gli orientamenti che si consolidano in giurisprudenza:

- 1) la morte non costituisce la massima lesione possibile del bene salute, ma incide sul diverso bene giuridico della "vita"²¹⁷;
- 2) qualora il danneggiato muoia a breve distanza di tempo dall'evento lesivo, la lesione del bene salute non è apprezzabile e perciò non è configurabile un danno biologico, trasmissibile *iure haereditatis*.

²¹⁷ In questo senso si sono espresse numerose pronunce della Suprema Corte di Cassazione: Cass. 14 marzo 1996, n. 2117, in Resp. civ. prev., 1996, 588; Cass. 25 febbraio 1997, n. 1704, in Nuova giur. civ. comm., 1997, I, 221, con nota di Chindemi; Cass. 24 aprile 1997, n. 3592, in Giur. it., 1998, I, 1589, con ampia nota critica di Bona, M., Diritto alla vita e risarcimento *iure successionis* dei danni biologico e morale: la soluzione della Cassazione, la risposta negativa alla risarcibilità della perdita della vita e la questione (irrisolta?) dei secondi, dei minuti e delle ore tra la vita e la morte; Cass. 18 novembre 1997, n. 11439, in Arch. Giur. circ., 1998, 249; Cass. 22 maggio 1998, n. 5136, in Foro it., Mass., 1998; Cass., 30 giugno 1998, n. 6404, ivi; Cass., 10 settembre 1998, n. 8970, ivi; Cass., 26 ottobre 1998, n. 10629, in Danno e resp., 1999, 305, con commento critico di R. Caso.

5) LA TEORIA DELL'ONTOLOGICA DIVERSITÀ TRA IL BENE GIURIDICO DELLA VITA E IL BENE GIURIDICO DELLA SALUTE: IL DANNO BIOLOGICO TERMINALE

Il primo corollario della sentenza della Corte costituzionale, n. 372 del 1994, è la differenza qualitativa, non meramente quantitativa, secondo quanto sostenuto da altri²¹⁸, tra i due diritti: «sebbene connesse, la seconda essendo una qualità della prima, vita e salute sono beni giuridici diversi, oggetto di diritti distinti, sicché la lesione dell'integrità fisica con esito letale non può considerarsi una semplice sotto ipotesi di lesione alla salute in senso proprio»²¹⁹. Autorevole dottrina non condivide ciò affermando, invece: «non si tratta di piani diversi ma [...] di una sfera contenente al suo interno diversi piani tra loro intersecantisi e interdipendenti [...] La perdita della vita significa perdita del massimo e insostituibile bene che comprende la salute la quale consiste nello stato di benessere dato dall'armonioso sviluppo (attualizzazione) della vita in un ambiente naturale, sociale e culturale il più confacente possibile alla vita umana. Non si tratta di beni giuridici diversi, oggetto di distinti diritti, ma del bene giuridico "vita", oggetto del correlativo diritto che comprende

²¹⁸ Giannini

²¹⁹ Così anche molte pronunce di legittimità, tra le tante: Cass., 10 settembre 1998, n. 8970; Cass. 25 febbraio 1997, n. 1704, di cui *infra*.

a sua volta il diritto alla salute»²²⁰. Altra dottrina²²¹ ritiene addirittura “*risibile*” una tale distinzione.

Conformemente all’indirizzo inaugurato dalla Corte costituzionale, la Corte di Cassazione distingue tra diritto alla salute e diritto alla vita, ritenendoli beni giuridici diversi, oggetto di differenti diritti, incidendo il primo sull’integrità psicofisica ed il secondo sul diritto alla vita.

La morte, quindi, non costituisce «la massima lesione possibile della salute» bensì il sacrificio del diverso bene giuridico della vita. Si sostiene²²² inoltre, che il diritto alla vita e alla salute sono diritti personali, in quanto volti a soddisfare interessi esclusivi del danneggiato, e quindi, intrasmissibili in linea di principio. Essi sono strettamente connaturati alla persona del titolare, perciò non è scindibile la titolarità del diritto e dalla titolarità dell’azione diretta a far valere tale diritto. Allo stesso modo, anche se relativamente alla persona del debitore, l’obbligo del diritto personale agli alimenti cessa con la morte dell’obbligato. Inoltre, quando la legge ha voluto estendere agli eredi la possibilità di far valere un diritto personale, lo ha fatto

²²⁰ Pulvirenti, *Risarcibilità del danno alla vita: cosiddetto danno biologico da morte*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1997, p. 658.

²²¹ Così Bona in Monateri-Bona-Oliva 1999, p. 132.

²²² Cass. civ., 25 febbraio 1997, n. 1704, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 221, con nota di D. Chindemi

espressamente²²³. La Corte, tuttavia, rileva che il solo bene salute, se il diritto al risarcimento per la violazione dello stesso sia entrato a far parte del patrimonio del soggetto, può essere trasmesso *iure haereditatis*. La Corte giustifica, invece, la non risarcibilità del diritto alla vita, rispetto al diritto alla salute “nella peculiare essenza del diritto alla vita”, avente per oggetto un bene di cui il solo titolare può godere «*e può godere soltanto in natura, non essendo concepibile un godimento per equivalente*», così come, invece, la Corte riconosce nel caso di danno biologico per affermare la trasmissione *iure hereditatis* dell'equivalente patrimoniale, entrato a far parte del patrimonio del soggetto, che ne ha subito la lesione²²⁴.

Sulla scia della Cassazione n. 1704 del 1997 e a sostegno della tesi secondo cui la morte non costituisce la massima lesione possibile del bene salute, ma incide sul diverso bene giuridico della “vita”, si pongono altre pronunce²²⁵ della stessa Suprema Corte di Cassazione. Tra queste, la n. 3549 del 2004 afferma che: «la

²²³ es.: art. 597 cod. pen. che attribuisce la facoltà di proporre querela ai prossimi congiunti della persona offesa dai reati di ingiuria e diffamazione, deceduta prima del decorso del termine per proporla.

²²⁴ Cass. civ., 25 febbraio 1997, n. 1704, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 221, con nota di D. Chindemi

²²⁵ Tra le tante, Cass. civ., 28 giugno 2011, n. 14259; Cass. civ., 9 giugno 2011, n. 12692; Cass. civ., 7 giugno 2011, n. 12276; Cass. civ., 9 maggio 2011, n. 10107; Cass. civ., 19 novembre 2009, n. 24432; Cass. civ., 27 maggio 2009, n. 12326; Cass. civ., 22 luglio 2008, n. 20188; Cass. civ., 25 febbraio 2000, n. 2134; Cass. civ., 25 febbraio 1997, 1704 cit. supra; Cass. civ., 20 gennaio 1999, n. 491; Cass. civ., 10 settembre 1998, n. 8970; Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372.

lesione dell'integrità fisica con esito letale, intervenuta immediatamente o a breve distanza di tempo dall'evento lesivo, non è configurabile quale danno biologico dal momento che la morte non costituisce la massima lesione possibile del diritto alla salute, ma incide sul diverso bene giuridico della vita, la cui perdita, per il definitivo venir meno del soggetto, non può tradursi nel contestuale acquisto al patrimonio della vittima di un corrispondente diritto al risarcimento, trasferibile agli eredi, 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, e la conseguente impossibilità che, con riguardo alla lesione di un bene intrinsecamente connesso alla persona del suo titolare e da questi fruibile solo in natura, esso operi quando tale persona abbia cessato di esistere».

Autorevole dottrina conferma questo indirizzo giurisprudenziale, sostenendo che deve distinguersi tra il caso in cui la morte consegua immediatamente al fatto illecito e quello in cui essa si verifichi successivamente. Pur non significando necessariamente istantaneità, «immediatezza vuol dire tempo sufficientemente breve perché la perdita della vita non sia mediata da una grave compromissione della salute, la quale allora rilevarebbe

autonomamente. Nel caso dell'immediatezza, ad essere vulnerato è il diritto alla vita ma, proprio per l'immediatezza della morte, per la vittima questo non riesce a tradursi in una perdita di valore (che non significa valore patrimoniale) della vita stessa. La mancanza di una perdita come conseguenza immediata e diretta impedisce, nonostante la lesione del diritto, il sorgere del credito risarcitorio. Non venendo ad esistenza il diritto di credito, difetta il presupposto di un eventuale trasferimento ad altri... ove invece la morte sia preceduta da una fase intermedia che si configuri come malattia, con un suo decorso più o meno lungo, rileverà la lesione della salute, come tale in grado di significare una perdita per la vittima, traducibile in risarcimento del danno. A ben vedere, dunque, il mancato nascere dell'obbligazione risarcitoria nel caso di morte immediata non è dovuto al fatto che il diritto alla vita, in quanto diverso in essenza e per nome dal diritto alla salute, non riesce ad ottenere analoga rilevanza e non costituisce lesione di una situazione giuridica tutelata. È invece il danno come perdita conseguente alla lesione che, in quanto altro elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità, quando manchi ne impedisce il sorgere»²²⁶.

²²⁶ Castronovo, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, pag. 168-9. Allo stesso modo, tra gli altri anche Pogliani, M., in *Il danno da illecito civile*, di Giannini-Pogliani, Milano, 1997, p. 245 ss.

Si è detto che in caso di morte non può più parlarsi di diritto alla salute in quanto quest'ultima presuppone che il soggetto sia in vita, mentre la morte cancella la persona con tutte le sue qualità e perciò anche la salute, anzi la vita stessa, che è il presupposto naturalistico della prima²²⁷.

Pur convenendo sulla differenza tra diritto alla vita e diritto alla salute, si afferma però che «una tale distinzione non deve diventare un comodo *escamotage*, in cui la pretesa irrilevanza del meno (la salute) si trasforma nella irrilevanza del più (la vita). L'argomento secondo cui la morte neutralizza il diritto alla salute, perché estingue la vita che ne è il presupposto, perde di vista che proprio dell'evento mortale come illecito spegnimento della vita altrui è tenuto a rispondere chi lo ha cagionato. [...] (la) vita (va considerata) come valore e come diritto che ricomprende in sé il primo; in ogni caso come diritto la cui sicura superiore rilevanza rispetto al primo impone che almeno alla stessa stregua lo si consideri costituzionalmente garantito. Chi qualificasse la morte di un individuo cagionata dal fatto illecito altrui in termini di pura e semplice estinzione senza residui perché di diritto alla salute non è più possibile parlare, riprodurrebbe il modello di pensiero che ricorre nel ragionamento di Epicuro, secondo cui

²²⁷ G. Ferrando, nota a Trib. Milano 14 dicembre 1988, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 783, punta sull'affermazione che la morte distrugge non il diritto alla salute ma quello alla vita, che sarebbe qualitativamente diverso dal primo. Vero questo, comunque, non ne deriva che, a differenza di quella riguardante la salute, la distruzione della vita ad opera di altri sia irrilevante.

non ci sono ragioni per temere la morte perché prima che essa giunga c'è solo la vita e allorché essa è già arrivata non si è più. Come questo più celebre aforisma, però, l'idea che il diritto alla salute – e, possiamo aggiungere, ogni altro diritto inerente alla persona – presupponga la persona viva mentre quando sia sopraggiunta la morte non residui nulla della persona e dei suoi diritti, prova troppo. [...] la persona non è solo un dato naturalistico. E l'esperienza giuridica ne coglie l'idea di continuità in taluni degli aspetti che, oltre la vita, ne consentono la perpetuazione. Il fenomeno successorio costituisce l'aspetto più rilevante di questa istanza di sopravvivenza affidata al diritto, ma non l'unico. I diritti della personalità, come è noto, consentono agli eredi di far valere la persona oltre la morte nella continuità della memoria quando taluno possa infrangerla o incrinarla». ²²⁸

1) Il danno biologico terminale

²²⁸ Castronovo, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, pag.156-7. L'art. 13, III co., l. 31 dicembre e1996, n. 675 sulla tutela rispetto al trattamento dei dati personali legittima all'esercizio dei diritti «concernenti persone decedute... chiunque vi abbia interesse, addirittura oltre gli stessi eredi».

Il secondo corollario della sentenza n. 372 del 1994 è l'assunto secondo cui se il danneggiato muore a breve distanza di tempo dall'evento lesivo, la lesione del bene salute non è apprezzabile e perciò non è configurabile un danno biologico, trasmissibile *iure haereditatis*. Essa così statuisce: «discende coerentemente il corollario secondo cui – in casi in cui da un fatto illecito altrui sia derivata dapprima una lesione con conseguente menomazione dell'integrità psico-fisica nel senso indicato, e poi, dopo una fase intermedia di malattia, la morte dell'infortunato – gli eredi di costui trovano nel patrimonio del *de cuius*, e possono quindi far valere *iure successionis*, il diritto a pretendere dall'autore dell'illecito il risarcimento del danno biologico sopportato dal medesimo infortunato nel periodo che va dal momento della lesione a quello della morte. Si tratta di una piana applicazione alla materia del danno alla salute di principi sempre affermati da questa Corte, fin dalla risalente sentenza delle Sezioni Unite n. 3475 del 1925». Un tale pregiudizio subito dalla vittima dell'illecito nel periodo che separa il momento della lesione da quello della morte, postulante l'esistenza di una patologia medicalmente accertabile, la quale, per essere apprezzabile, deve svilupparsi in un lasso di tempo ragionevole, prende il nome di "danno biologico terminale". Il pregiudizio biologico

in oggetto è un danno-conseguenza, non rilevando l'evento lesivo in sé, ma le evenienze pregiudizievoli dallo stesso cagionate. Quest'ultime non sono ravvisabili ove non vi sia stato il tempo necessario alla loro realizzazione. La Suprema Corte, infatti, ammette la risarcibilità del danno biologico terminale²²⁹ *iure hereditatis*, «subordinatamente all'imprescindibile condizione dell'*apprezzabile protrazione della vita successivamente alle lesioni del de cuius*»²³⁰.

Non basta, secondo la Corte, ai fini della liquidazione del danno biologico, provare la sua esistenza, ma è necessario fornire la prova della sua entità che, nell'ipotesi di morte immediata, manca, in quanto non sussiste alcuna diminuzione di valore personale economicamente apprezzabile per il danneggiato.

Infatti, il ristoro del danno alla salute non è altro che il "compenso" per il fatto di dover (con)vivere con le minorazioni che conseguono all'illecito ed è, per ciò, volto a soddisfare esigenze strettamente personali del danneggiato. Sotto un tale profilo, potrebbe essere equiparato ad altre prestazioni legate ai bisogni individuali degli aventi diritto, come l'assegno divorzile o gli alimenti, il cui credito non può

²²⁹ Cass., 23 febbraio 2004, n. 3549; Cass., 16 maggio 2003, n. 7632; Cass. 14 luglio 2003, n. 11003.

²³⁰ Cass. civ., 25 febbraio 1997, n. 1704, in Nuova giur. civ. comm., 1997, I, 221, con nota di D. Chindemi.

essere ceduto e si estingue con la morte dell'alimentando (artt. 447, 448 c.c.)²³¹. Ne consegue che se il risarcimento è volto a soddisfare esigenze connesse all'esistenza della vittima, il danno da morte non va liquidato in riferimento ad un'astratta durata di vita, in base a criteri statistici, ma al reale periodo di sopravvivenza. Pertanto, nell'ipotesi di morte istantanea o che segua a brevissimo termine, il *quantum* risarcitorio sarà di ammontare praticamente nullo, ed aumenterà in proporzione al periodo intercorrente tra il fatto illecito e la morte²³².

La Corte di Cassazione, volutamente, non specifica quanto tempo sia sufficiente al fine di ritenere economicamente apprezzabile la lesione subita dal soggetto poi deceduto, lasciando così all'interprete il compito e la facoltà di valutarne la congruità che, se adeguatamente motivata, non sarà censurabile in sede di legittimità²³³.

²³¹ M.V. De Giorgi, *Corte Cost. n. 372 del 1994. Il danno biologico a causa di morte secondo la Corte Cost.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, p. 424. L'intrasmissibilità non riguarda le prestazioni arretrate, tra gli altri Bianca, *Diritto civile*, 2, Milano, 1981, p. 307 ss.

²³² M.V. De Giorgi, *Corte Cost. n. 372 del 1994. Il danno biologico a causa di morte secondo la Corte Cost.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, p. 424; Monateri, P.G.- Bona, M., in Monateri, P.G.-Bona, M., *Il danno alla persona*, Padova, 1998, 353 ss.; Navarretta, E., Come risarcire le tre voci di danno quando la vittima muore, nota a Trib. Monza, 4 aprile 1991, in *Resp. civ. prev.*, 1991, p. 470 ss.; Franzoni, *La liquidazione del danno alla persona, nel Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia* diretto da Galgano, Padova, 1990, p. 249 ss.

²³³ Cass. civ., 25 febbraio 1997, n. 1704, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 221, con nota di D. Chindemi.

Il risarcimento viene limitato al pregiudizio subito dal soggetto leso nel solo periodo tra la lesione e la morte e spetterà al giudice liquidare tale menomazione della salute del soggetto, motivando adeguatamente in considerazione sia della gravità delle lesioni che del periodo di tempo intercorrente tra il sinistro e la morte.

Alla stregua di quest'orientamento, il danno biologico terminale fa sorgere il diritto al risarcimento del danno solo se la vittima sia rimasta in vita per un tempo sufficiente – “apprezzabile lasso di tempo” – a determinare un'effettiva ripercussione delle lesioni sulla qualità della vita del *de cuius*: «il danno biologico è trasmissibile non perché la vittima sia sopravvissuta (il che non avrebbe senso), ma perché ha subito un danno giuridicamente apprezzabile, il cui diritto al risarcimento è però entrato nel patrimonio della vittima e da questa trasmesso agli eredi»²³⁴. Pertanto, pur parlandosi di apprezzabilità del tempo, si fa in realtà riferimento all'apprezzabilità del danno²³⁵. Il concetto di “apprezzabile lasso di tempo” è generico, indeterminato, così che i giudici si sono abbandonati ad una imbarazzante varietà di soluzioni, spesso contraddittorie tra loro, in quanto in taluni casi la

²³⁴ Cass., 23 febbraio 2004, n. 3549

²³⁵ Facci, G., *Il risarcimento del danno in caso di uccisione*, Padova, 2005, p. 817.

giurisprudenza ha ritenuto sufficiente una sopravvivenza per ventiquattro ore, anche se la vittima fosse priva di coscienza²³⁶; altre volte, invece, ha considerato “non apprezzabile”, e, quindi, non sufficiente una sopravvivenza protrattasi per ventiquattro ore²³⁷ e per alcuni giorni²³⁸, così come trenta minuti²³⁹ o due ore²⁴⁰.

In alcune pronunce si è sottolineata l'esigenza di una liquidazione “personalizzata” dello stesso, in quanto trattasi di un danno alla salute che, sebbene sia temporaneo, è massimo nella sua entità ed intensità. Infatti, la sua peculiarità è riuscire a condurre un soggetto alla morte “in un limitato sia pure apprezzabile lasso di tempo”²⁴¹. Proprio una tale personalizzazione della liquidazione è parsa come una sorta di espediente volto a riconoscere e risarcire una nuova voce di danno, alquanto incerta e indefinita.²⁴² Il riconoscimento del risarcimento del danno biologico terminale solo in caso di “apprezzabile lasso di tempo” è stata definita una soluzione

²³⁶ Cass., 19 ottobre 2007, n. 21976

²³⁷ Ad esempio, Cass., 24 febbraio 2003, n. 2775.

²³⁸ Così, ad esempio, Cass., 26 settembre 1997, n. 9470, ha considerato “non apprezzabile” un periodo di tre giorni.

²³⁹ Cass., 21 luglio 2004, n. 13585.

²⁴⁰ Cass., 2 marzo 2007, n. 6946.

²⁴¹ Facci, G., *Il risarcimento del danno in caso di uccisione*, Padova, 2005, p. 817.

²⁴² Così ad esempio, Cass. civ., sez. III., 16 maggio 2003, n. 7632, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 1049, la quale liquida il danno biologico da invalidità temporanea, patito dalla vittima e da questa trasmesso agli eredi, moltiplicando per 100 la somma generalmente riconosciuta per tale danno. Allo stesso modo è significativa anche la liquidazione di Cass., 18 gennaio 2011, n. 1072, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1021.

“intermedia”, in quanto tenta in qualche modo di “mediare” tra la tesi del “danno biologico da morte” – la quale prevede l’integrale risarcimento in caso di decesso – e la tesi che invece nega qualunque risarcimento trasferibile *iure hereditatis*, consentendo, come visto, il solo diritto al risarcimento *iure proprio* ai congiunti della vittima. Le sostanziali differenze tra il danno biologico terminale e quello da perdita del bene vita, ossia il danno tanatologico sussistono, come efficacemente evidenziato dalla Navarretta: «sul terreno valoriale, poiché si limita a riconoscere nel patrimonio della vittima il danno alla salute che ha maturato nella sua esistenza, ma non tende ad attribuire agli eredi il valore della vita che abbandona il congiunto; sul terreno categoriale, perché non utilizza la controversa nozione del danno-evento ma rispetta la natura del danno-conseguenza propria del danno alla salute e che appartiene sia alla c.d. prospettiva statica del danno biologico (più propriamente definibile come base oggettiva del calcolo del pregiudizio) sia *a fortiori* al danno alla salute; e, infine, sul terreno operativo, laddove il fattore temporale rileva solo come elemento che incide quantitativamente sul danno alla salute e non come *rebus* drammatico che decide sulla tutela della vita»²⁴³.

²⁴³ Navarretta, Danni da morte e danno alla salute, in La valutazione del danno alla salute, a cura di Bargagna e Busnelli, Padova, 2001, p. 294.

Il danno biologico terminale viene comunque considerato pacificamente risarcibile anche nel caso in cui la vittima si trovi in stato di incoscienza (come nell'ipotesi di coma profondo), dal momento che la lesione all'integrità fisica si sostiene sussistere a prescindere dalla consapevolezza che la vittima ne abbia²⁴⁴.

6) DANNO MORALE TERMINALE

Nonostante si sia sostenuto che, in linea di principio, la brevità dello "*spatium vivendi*", ossia del periodo di sopravvivenza tra le lesioni mortali e la morte stessa, escluda la sussistenza del danno biologico in quanto risulti non apprezzabile, ai fini risarcitori, il peggioramento della qualità della vita cagionato dal pregiudizio alla salute, la Suprema Corte di Cassazione ha mitigato il suddetto principio, statuendo che nel caso in cui tra le lesioni e la morte sia trascorso un intervallo di tempo molto breve (nella specie "solo quattro ore"), si deve comunque ritenere risarcibile il danno psichico da "sofferenza esistenziale" patito dalla vittima che abbia lucidamente atteso la fine della propria vita, ossia il c.d. "danno catastrofico o da agonia", nascendo così un diritto

²⁴⁴ Così ad esempio: Cass., 1 dicembre 2003, n. 18305, in *Danno e resp.*, 2004, 143, con nota di Bona, la quale ha statuito che la "lesione all'integrità fisica è presente ugualmente sia che la vittima abbia coscienza della lesione sia che non l'abbia. Ciò che conta è l'esistenza della lesione biopsichica, che è un fatto oggettivo, non la conoscenza o la percezione di essa che la vittima possa avere avuto"; anche Cass., 19 ottobre 2007, n. 21976, cit. supra. Nel senso invece della non risarcibilità del danno biologico terminale nel caso di vittima in stato di coma: Trib. Roma, 7 marzo 2002, in *Giur. di Merito*; 2002, p. 981.

che sarebbe trasmissibile *iure hereditatis*²⁴⁵. La Cassazione, tuttavia, continua, nella pronuncia n. 4783 del 2001, a ricondurre al danno biologico - quale componente dello stesso - la sofferenza psichica con la conseguenza che l'accertamento della sua sussistenza viene affidato alla scienza medico-legale²⁴⁶. Tuttavia si è criticamente sostenuto che, dato il breve lasso temporale – anche solo poche ore di sopravvivenza –, la sofferenza psichica patita, nell'avvertire coscientemente l'ineluttabile approssimarsi della propria fine, sebbene di massima intensità, potrebbe non dar vita a una vera e propria patologia medicalmente accertabile²⁴⁷, ossia non integrerebbe il danno biologico, ma il “danno morale terminale”, per la cui configurabilità è rilevante non l'apprezzabile lasso di tempo, ma il diverso criterio della

²⁴⁵ Cass., 2 aprile 2001, n. 4783, nella cui motivazione si legge quanto segue: «ed in vero, posto che le 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 [...], essenzialmente come “sofferenza” esistenziale e non già come dolore, occorre 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»

²⁴⁶ Così nella medesima sentenza cit. supra: «se è esatto dire [...] che il danno biologico è la lesione della integrità fisica e psichica medicalmente accertabile, allora è alla scienza medica che occorre affidarsi per la determinazione dei casi clinici, delle malattie e degli esiti invalidanti sia per il danno fisico (dove è il soma ad essere materialmente considerato) sia per il danno psichico (che considera la mente umana, sia neurologicamente, sia clinicamente, nelle sue funzioni esistenziali essenziali)»

²⁴⁷ Bona, *Sofferenza esistenziale da agonia pre-morte e “loss of life” de iure condendo: il nuovo approccio della S.C.*, in *Danno e resp.*, 2001, 862, nt. 28, secondo cui “si deve prendere allora atto dell'impossibilità e della sostanziale inutilità di distinguere nelle ipotesi in esame tra danno morale e danno psichico, soprattutto allorquando la morte sia successiva solo di pochi giorni o ore all'evento lesivo. Diverso ovviamente è il caso in cui la vittima sopravviva per un arco di tempo tale da sviluppare una vera e propria patologia psichica, accertabile *medio tempore* sulla base di criteri medico legali o, per lo meno, sufficientemente documentata nella sua evoluzione e manifestazione”.

“intensità della sofferenza patita”²⁴⁸. Anche in tal caso, presupposto della risarcibilità – comportante la sostanziale differenza con il danno tanatologico - è la permanenza in vita della vittima²⁴⁹. Il danno in questione, infatti, è concretato dalla sofferenza, quale danno morale, causata dalla consapevole percezione da parte della vittima stessa delle “conseguenze catastrofiche delle lesioni”²⁵⁰.

Caso sostiene, inoltre, che «il problema non sta nell’astratta configurabilità di una sofferenza psichica, ma nella concreta possibilità di rilevarla con l’ausilio della scienza medico-legale nei casi di breve o brevissimo lasso di tempo tra lesione e morte. È evidente, infatti, che, in queste fattispecie, l’accertamento (o meglio la valutazione) medico-legale dei presupposti del “danno catastrofico” (lucidità della vittima e intensità della sofferenza) non potrebbero che avvenire sulla base di elementi indiretti e presuntivi, essendo impraticabile una perizia specialistica in prossimità della morte»²⁵¹.

²⁴⁸ Cass., 8 aprile 2010, n. 8360; Cass., 23 febbraio 2005, n. 3766; Cass., 1 dicembre 2003, n. 18305; Cass., 19 ottobre 2007, n. 21976; Cass., 24 maggio 2001, n. 7075; Cass., 6 ottobre 1994, n. 8177; Cass., 14 giugno 1965, n. 1203.

²⁴⁹ Cass., 25 febbraio 1997, n. 1704; Cass., 6 ottobre 1994, n. 8177.

²⁵⁰ Cass., 31 maggio 2005, n. 11601; Cass., 6 agosto 2007, n. 17177.

²⁵¹ Caso, *Incommensurabilità (e, dunque, azzeramento) del “valore della vita”: verso il tramonto del modello restrittivo di risarcimento del danno da morte*, in *Danno e resp.*, 2001, 1022.

Sembra pertanto preferibile, anche alla luce di quanto statuito dalle Sezioni Unite del 2008²⁵², qualificare la sofferenza provata dalla vittima che, nel breve lasso temporale tra le lesioni e la morte, assista lucida allo spegnersi della propria vita, come danno morale, ossia come sofferenza soggettiva, in sé e per sé considerata, indipendentemente dalla durata della stessa: «Il giudice potrà invece correttamente riconoscere e liquidare il solo “danno morale”, a ristoro della sofferenza psichica provata dalla vittima di lesioni fisiche, alle quali sia seguita dopo breve tempo la morte, che sia rimasta lucida durante l’agonia in consapevole attesa della fine. Viene così evitato il vuoto di tutela determinato dalla giurisprudenza di legittimità che nega, nel caso di morte immediata o intervenuta a breve distanza dall’evento lesivo, il risarcimento del danno biologico per la perdita della vita²⁵³, e lo ammette per la perdita della salute solo se il soggetto sia rimasto in vita per un tempo apprezzabile, al quale lo commisura²⁵⁴. Una sofferenza psichica siffatta di massima intensità anche se di durata contenuta, non essendo suscettibile, in ragione del limitato intervallo di tempo tra lesioni e morte, di degenerare in

²⁵² Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 26973, n. 26974, n. 26975; per un’ampia disamina delle stesse, Scognamiglio, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 261; Franzoni, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contratto e impresa*, 2009, 1.

²⁵³ Così Cass. civ., n. 1704 del 1997, cit. supra, e successive conformi.

²⁵⁴ Così Cass. civ., n. 6404 del 1998, e successive conformi.

patologia e dare luogo a danno biologico, va risarcita come danno morale nella sua nuova più ampia accezione²⁵⁵».

Qualificando il danno in questione come danno morale, potrebbe risultare difficile riconoscerne la risarcibilità pure in favore di coloro che siano in stato di incoscienza, in quanto, essendo inconsapevoli, sembrerebbero non provare sofferenza per le conseguenze dell'evento dannoso²⁵⁶. Nonostante ciò, diverse pronunce hanno in passato riconosciuto la risarcibilità del danno morale terminale anche in favore di soggetti inconsapevoli dell'apprestarsi della fine della vita attraverso un'estensione, o meglio una manipolazione, del concetto di danno morale, facendovi rientrare anche "lo squilibrio o riduzione delle capacità intellettive della vittima"²⁵⁷, o la "distruzione della coscienza" subita dalla stessa a causa dell'evento dannoso²⁵⁸. Non sfugge tuttavia che, in seguito a quanto statuito dalle Sezioni Unite del 2008 in merito alla qualificazione del danno catastrofe, nonostante il progresso interpretativo, resta priva di tutela

²⁵⁵ Sul punto anche Cass., 13 gennaio 2009, n. 458, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, f. 1.

²⁵⁶ In questo senso, Cass., 2 aprile 2001, n. 4783, cit., che ha riconosciuto la risarcibilità del danno in questione nei (soli) casi in cui il danneggiato abbia atteso lucidamente l'estinzione della propria vita; tra le pronunce di merito: Trib. Treviso, 13 marzo 1986, in *Nuova giur. comm.*, 1987, I, 132, con nota di Giorgi; App. Venezia, 11 febbraio 1993, in *Resp. civ. e prev.*, 1993, n. 984, con nota di Comandè; Trib. Genova, 15 ottobre 2003, in *Rep. Foro it.*, 2003, *Danni civili*, n. 255.

²⁵⁷ Cass., 6 ottobre 1994, n. 8177, in *Foro it.*, 1995, I, 1852; Cass., 24 maggio 2001, n. 7075, in *Mass. Giur. it.*, 2001, entrambe richiamate, poi, da Cass., 1 dicembre 2003, n. 18305, cit., nonché più di recente da Cass., 19 ottobre 2007, n. 21976, cit.

²⁵⁸ Così Trib. Como, 24 luglio 1991, in *Riv. giur. circolazione*, 1992, 134; Trib. Messina, 15 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 3494. Per la risarcibilità del danno non patrimoniale in stato di incoscienza della vittima: Cass., 19 febbraio 2007, n. 3760; cass., 24 maggio 2001, n. 7075; Cass., 14 giugno 1965, n. 1203.

l'agonia inconsapevole. Anche in seguito alla pronuncia delle Sezioni Unite, la risarcibilità del danno non patrimoniale morale c.d. catastrofale è stata negata laddove manchi la prova in ordine alla lucidità della vittima durante l'agonia²⁵⁹.

Relativamente alla quantificazione del danno morale catastrofale dovrà aversi riguardo esclusivamente, secondo quanto precisato dalle Sezioni Unite, alla "intensità" e alla "durata" nel tempo della sofferenza²⁶⁰.

Il danno catastrofale, quale *species* del danno morale, che come detto deve ritenersi distinto dal "danno biologico", il quale si ha quando la vittima sia sopravvissuta "per un considerevole lasso di tempo ad un evento poi rivelatosi mortale" ed abbia in tale periodo "sofferto una lesione della propria integrità psico-fisica autonomamente considerabile come danno biologico... quindi accertabile con valutazione medicolegale e liquidabile alla stregua dei criteri adottati per la liquidazione del danno biologico vero e proprio", va allo stesso modo tenuto distinto dal c.d. danno tanatologico inteso quale "danno connesso alla perdita della vita".²⁶¹

²⁵⁹ Cass., 28 novembre 2008, n. 28433. Si è precisato altresì che, perché possa essere fatto valere *iure hereditario*, è necessario che sia entrato a far parte del patrimonio della vittima al momento della morte: Cass., 24 marzo 2011, n. 6754; Cass., 9 maggio 2011, n. 10107.

²⁶⁰ Così Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972-26975, cit. supra.

²⁶¹ Cass., 21 marzo 2013, n. 7126

In dottrina si è sostenuto che il riferimento ai “danni terminali biologico, morale o da “lucida agonia”)” costituisce il “frutto” di “acrobazie logiche e concettuali” e di “intenzioni sostanzialmente compensative della totale assenza di risarcimento per la perdita della vita”²⁶².

CAPITOLO II

LA PERDITA DEL BENE “VITA”

1) LA DOTTRINA PIÙ RECENTE

La sentenza-trattato n. 1361 del 20014, che espressamente riconosce (proclama) risarcibile il danno da perdita della vita in sé e per sé considerata, propone la “sua” soluzione al controverso quesito della risarcibilità o meno del danno c.d. tanatologico, ripercorrendo prima le diverse soluzioni di autorevole dottrina. Questa è senza dubbio la parte più innovativa della pronunzia in oggetto, la quale, nella sua “inusuale meticolosità”²⁶³, traccia anche il quadro dell’odierno orientamento giurisprudenziale in materia di danno non patrimoniale.

²⁶² Così Hazan-Zorzit, *Il risarcimento del danno da morte*, 2009, p. 298, come citato da Scarano, in *La quantificazione del danno non patrimoniale*, 2013 e in Cass. civ. sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361

²⁶³ Cendon-Sapone, *Verso un a nuova stagione (esistenzialista) del diritto privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 247.

Analizzando le diverse soluzioni si scorge quasi sempre, nonostante la loro evidente reciproca diversità, un elemento comune: l'esigenza di "armonizzarle", per quanto possibile, con il sistema giuridico proprio del momento storico nel quale si affermano.

Al fine di riassumere sostanzialmente questo sistema giuridico dominante, la sentenza Scarano riporta alcuni passaggi della nota pronuncia del 24 marzo 2011, n. 6754, la quale racchiude in sé una sorta di "panoramica" delle obiezioni tradizionali mosse alla risarcibilità del danno da perdita del bene vita, tuttora espressioni del consolidato sistema giuridico sottostante. Essa afferma che, pur riconoscendosi che in una virtuale scala gerarchica il diritto alla vita è senza dubbio il primo tra tutti i diritti inviolabili dell'uomo, e pur constatandosi che esso risulti tutelato "in ogni contesto e con le più variegate modalità", se ne esclude tuttavia, in linea generale, secondo i dominanti orientamenti visti, la risarcibilità a favore dello stesso soggetto che ha perso la vita, morendo all'esito delle lesioni inflitte da terzi. Il pregiudizio che concreta il danno tanatologico incide sul diverso bene giuridico della vita, la cui perdita, a causa del venir meno del soggetto, non può tradursi nel contestuale acquisto al patrimonio della vittima di un corrispondente diritto al risarcimento, trasferibile iure hereditatis. Nella medesima

pronuncia, la Cassazione ritiene inoltre che risultano del tutto “improduttive” le disquisizioni sul se la morte faccia parte della vita secondo il brocardo latino “*momentum mortis vitae tribuitur*”, o se, segnandone la fine, sia alla stessa estranea²⁶⁴. Allo stesso modo si sostiene che l’obiezione secondo cui risulti, “paradossalmente”, economicamente più vantaggioso uccidere piuttosto che ferire²⁶⁵, dato che il risarcimento del danno da lesioni gravissime è assai oneroso per colui che ha posto in essere l’illecito, non sia altro che un “mero artificio retorico”²⁶⁶.

Inoltre la stessa Cassazione considera “impropria” l’affermazione secondo cui costituendo la tutela risarcitoria la tutela minima di ogni diritto, negare la risarcibilità del danno da lesione del diritto alla vita in favore dello stesso soggetto che si è visto privare della sua vita da terzi, si porrebbe “in intima contraddizione con il riconoscimento della tutela del primo tra tutti i diritti dell’uomo”²⁶⁷.

Il vero problema, si osserva, è che il risarcimento costituisce solo una forma di tutela conseguente alla lesione di un “diritto di credito, diverso dal diritto inciso, ad essere tenuto per quanto è possibile indenne dalle conseguenze negative che dalla lesione del diritto derivano, mediante il ripristino del bene perduto, la

²⁶⁴ Tra le altre: Cass., 16 maggio 2003, n. 7632.

²⁶⁵ Caso,

²⁶⁶ Cass., 24 marzo 2011, n. 6754.

²⁶⁷ Cass., 24 marzo 2011, n. 6754 cit. *supra*.

riparazione, la eliminazione della perdita o la consolazione-soddisfazione-compensazione se la riparazione non sia possibile”.

Non è dunque “giuridicamente concepibile”, si conclude, che dal soggetto che muore si acquisisca un diritto derivante dal fatto stesso della sua morte (“chi non è più non può acquistare un diritto che gli deriverebbe dal non essere più”), essendo “logicamente inconfigurabile” la stessa funzione del risarcimento che, nel diritto civile, non ha natura sanzionatoria bensì riparatoria o consolatoria. In caso di morte, si è ritenuto che una tale funzione “per forza di cose” non sia realizzabile “a favore del defunto”. Proprio per questo si sostiene “l’irrilevanza di tutela privatistica del diritto alla vita” e “l’impossibilità di un risarcimento anche solo per equivalente”.

Si è ulteriormente asserito che il “pretendere che la tutela sia data (oltre che ai congiunti) “anche” al defunto”, sia volto, in realtà, al mero “contingente obiettivo di far conseguire più denaro ai congiunti”, poiché non si sostiene “da alcuno che sia in linea col comune sentire o col principio di solidarietà l’erogazione del risarcimento da perdita della vita agli eredi “anziché” ai congiunti (se, in ipotesi, diversi), o, in mancanza di successibili, addirittura allo Stato”.

Il risarcimento, si rileva, assolverebbe, in tal caso, una “funzione meramente punitiva, viceversa assolta dalla sanzione penale. E si risolverebbe in breve, come l'esperienza insegna, in una diminuzione di quanto riconosciuto iure proprio ai congiunti, cui viene ora riconosciuto un ristoro corrispondente ad un'onnicomprensiva valutazione equitativa, con la conseguenza che verrebbe a risultare frustrata anche la finalità di innalzamento dell'ammontare del risarcimento”²⁶⁸.

Tali argomenti sono stati ribaditi anche di recente dalla Suprema Corte di Cassazione²⁶⁹.

Tuttavia, nel richiamare la pronuncia della Corte costituzionale, n. 132 del 6 maggio 1985, e ricordando come parte della dottrina (italiana ed Europea) sostenga il riconoscimento della lesione come momento costitutivo di un diritto di credito che istantaneamente, al momento della lesione mortale, entra a far parte del patrimonio della vittima, come corrispettivo del danno ingiusto, non rilevando la distinzione tra evento di morte mediata o immediata, la giurisprudenza di legittimità ha evidenziato come la risarcibilità anche del danno da morte, inteso quale lesione del diritto inviolabile alla vita, in favore di chi la perde, sia in realtà imprescindibile, in quanto

²⁶⁸ Così Cass., 24 marzo 2011, n. 6754, cit. supra.

²⁶⁹ v., da ultimo, Cass., 17 luglio 2012, n. 12236.

protetto dall'art. 2 Cost. e anche dalla Costituzione Europea, in questi termini: «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 dell'attività elettrica di tali cellule. La morte cerebrale non è mai immediata, con due eccezioni: la decapitazione o lo spapolamento 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»²⁷⁰.

Conformemente a questo *obiter dictum* della Suprema Corte, ci sono state altre coraggiose aperture giurisprudenziali alla risarcibilità del danno tanatologico, sulle orme della nostra dottrina del passato, la quale, come ampiamente visto, fondava il risarcimento del danno da perdita della vita sull'identità danno =

²⁷⁰ Cass., 12 luglio 2006, n. 15760, In *Corr. giur.*, 2006, 1375, con nota di Ponazanelli; in *Resp. e risarcimento*, 2006, fasc. 8, 34, con nota di Rodolfi; in *Foro it.*, Rep. 2006, *Danni civili*, n. 252; in *Resp. civ.*, 2007, 9, con nota di Scalisi, e 28, con nota di Toschi Vespasiani.

lesione del diritto, sia esso alla vita, sia esso alla salute. Tale identità riceveva la sua legittimazione dalla sentenza Dell'Andro, ma, anche successivamente all'interpretazione "autentica" che di questa ha attuato la sentenza n. 372 del 1994, ha continuato, seppur "anacronisticamente", a resistere, in quanto, essendo ancora in vita la vittima nel momento della lesione, coincidente con il danno, tale soluzione è sembrata la sola per quanto concerne il momento di acquisto del diritto e la sua relativa trasmissione.

Così la Corte di appello romana, in relazione alla formulazione dell'art. 2043 c.c.: «indica che il momento in cui sorge il diritto al risarcimento del danno non è quello in cui il danno si manifesta, bensì quello in cui con il suo illecito comportamento, l'autore ha creato i presupposti del danno stesso; se è al momento del fatto illecito che sorge il diritto al risarcimento del danno (e quindi anche del danno alla salute) non c'è chi non veda l'assurdità della tesi di coloro che non ritengono risarcibile il danno da morte sul presupposto della mancanza in vita del titolare del diritto personalissimo; stando così le cose, il diritto al risarcimento nasce quando il suo titolare è ancora pienamente in vita, solo in seguito egli subirà l'estremo danno, ma in quel preciso momento,

il suo diritto è pienamente trasmissibile»²⁷¹. In termini di massima lesione del diritto alla salute, e non del diverso diritto alla vita, si afferma che: «la spettanza risarcitoria relativa alle conseguenze pregiudizievoli della lesione mortale entra nel patrimonio del danneggiato all'atto stesso in cui viene integrata detta lesione, e quindi prima della morte; ne consegue che in ogni caso di morte, sia istantanea che non, spetta alla vittima, oltre alle altre eventuali voci di danno, il risarcimento del danno biologico nella misura massima del cento per cento»²⁷².

Allo stesso modo, nel 2002 un giudice di merito sostiene la risarcibilità del danno biologico da morte in questi termini: «È ammissibile il risarcimento *iure hereditario* a favore dei congiunti delle vittime di sinistri stradali del danno biologico da perdita immediata della vita; costituendo, infatti, la morte il danno supremo alla salute di una persona ed essendo quest'ultima oggetto di tutela da parte del nostro ordinamento, sarebbe illogico non garantirne la tutela risarcitoria anche nel caso in cui la lesione sia tanto grave da provocarne la soppressione immediata»²⁷³.

Nel 2003 lo stesso ripropone tutte le argomentazioni tipiche dell'orientamento a favore della risarcibilità del danno biologico

²⁷¹ App. Roma, 4 giugno 1992, in *Resp. civ. e prev.*, 1992, p. 597.

²⁷² Trib. Cassino, 8 aprile 1999, *Giur. it.*, 2000, p. 1200.

²⁷³ Tib., Santa Maria Capua Vetere, 20 dicembre 2002, in *Arch. circolaz.*, 2003, 713; in *Foro it.* nel Rep. 2003, v. *Danni civili*, n. 196.

da morte: 1) «essendo la salute di una persona un bene tutelato nel nostro ordinamento, essendo stata riconosciuta la risarcibilità dei danni arrecati a tale bene e costituendo la morte il danno supremo alla salute di una persona, sarebbe illogico e paradossale non garantire tutela risarcitoria quando la lesione sia stata tanto grave da provocare la soppressione del bene stesso»; 2) quanto al tema delle funzioni, cui assolverebbe il danno qui in questione, «non residuano... ostacoli all'ammissibilità del risarcimento del danno da perdita della vita se si tiene conto che attraverso il risarcimento dei danni la responsabilità civile attua e rafforza la sua funzione di prevenzione ed autoregolamentazione del comportamento dei consociati: generare un danno non conviene perché la condotta lesiva obbliga al risarcimento»; se poi il risarcimento del danno assolve ad una funzione sanzionatoria, «non si vede davvero perché la violazione più grave non debba postulare la sanzione più grave»; 3) possibilità di monetizzare tale pregiudizio avendo riguardo al *quantum* del danno biologico per la percentuale di invalidità del cento per cento con un abbattimento in via equitativa nella misura del cinquanta per cento²⁷⁴.

²⁷⁴Trib. Santa Maria Capua Vetere, 14 gennaio 2003, Bona, *Danni da morte iure successionis: la Cassazione valorizza il «danno biologico terminale», mentre la giurisprudenza di merito mantiene aperta la questione del «danno da perdita di vita», in Giur. it., 2004, 3.*

Altra giurisprudenza di merito dichiara che: «La morte immediata del soggetto leso determina un danno per la perdita della vita trasmissibile *iure hereditatis*»²⁷⁵.

Sostiene la sentenza Scarano, che proprio dalla qualificazione della morte come massima lesione del bene salute la giurisprudenza di merito e la dottrina hanno segnalato l'incongruenza di un'interpretazione che riconosce la risarcibilità della compromissione anche lieve della integrità psico-fisica e la nega al contrario quando essa raggiunge la sua massima espressione, adducendo a motivo di ciò la circostanza che, per quanto breve possa essere l'intervallo di tempo tra le lesioni e la morte, quest'ultima costituisce pur sempre conseguenza della lesione. In questo modo si esprime infatti una recente giurisprudenza di merito: «in ogni caso quel che si trasmette non è il diritto assoluto della persona, ma quello patrimoniale al risarcimento del danno. Si è ancora osservato che i diritti non sono azioni umane o beni che vivono in tempo, ma sono in uno spazio logico: “tra fatto e diritto esiste una relazione logica (istituita dall'ordinamento), ma non una relazione temporale”»: «in tal modo scardinando (alcuni) dei presupposti fondamentali

²⁷⁵ Trib. Venezia, 15 marzo 2004, In *Foro it.*, 2004, I, 2256; *Arch. circolaz.*, 2004, 1013; *Danno e resp.*, 2004, 1210, con nota di Caputi, Foffa; *Dir. e giustizia*, 2004, fasc. 21, 77, con nota di Colasanti; in *Foro it. Rep.* 2004, v. *Danni civili*, n. 253.

sui quali si suole impostare il problema del c.d. danno da morte e della sua trasmissibilità iure hereditario»²⁷⁶

In altri termini, se la morte determina una lesione della salute, nel senso che la elimina alla radice, l'evento morte determina sul piano logico giuridico, la nascita di una pretesa risarcitoria spettante agli eredi in virtù dell'apertura della successione al momento della morte come stabilito dall'art. 456 c.c.»²⁷⁷

Anche la Cassazione, con la sentenza n. 4783 del 2001, pur ribadendo la non risarcibilità del danno non patrimoniale da perdita della vita, ha ritenuto comunque auspicabile «una riforma che superi la discrasia che si crea tra morte immediata e le lesioni mortali, con conseguente disparità di trattamento per i superstiti»²⁷⁸. Meno coraggiosa appare, invece, la Cassazione del 19 ottobre 2007, n. 21976 la quale, sempre conforme all'impostazione maggioritaria, ha però riconosciuto «la delicatezza della questione e gli inconvenienti prospettati dai

²⁷⁶ Lipari, *Danno tanatologico e categorie giuridiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p.526.

²⁷⁷ Trib. Venezia, 15 giugno 2009; Negli stessi termini v. Trib. Venezia, 15 marzo 2004, cit., in *Arch. circolaz.*, 2004, 1013 ss. e in *Danno e resp.*, 2005, 1137 ss.. Nel senso che la morte è da intendersi quale massima lesione del bene salute v. altresì, in giurisprudenza di legittimità, Cass., 7 giugno 2010, n. 13672; Cass., 12 febbraio 2010, n. 3357; Cass., 8 aprile 2010, n. 8360; Cass., 2 aprile 2012, n. 6273, e, da ultimo, Cass., 21 marzo 2013, n. 7126; e, in giurisprudenza di merito, Trib. S. Maria C.V., 14 maggio 2003, cit.; Trib. Brindisi, 5 agosto 2002; Trib. Messina 17 luglio 2002; Trib. Foggia 28 giugno 2002; Trib. Vibo Valentia, 28 maggio 2001 (in *Danno e resp.*, 2001, 1095 ss.); Trib. Cassino, 8 aprile 1999, cit., (in *Giur. it.*, 2000, 1200 ss.); Trib. Massa Carrara, 19 dicembre 1996 (in *Danno e resp.*, 1997, 354 ss.); Trib. Civitavecchia, 26 febbraio 1996 (in *Riv. circ. e trasp.*, 1996, 958); Trib. Vasto, 17 luglio 1996; Pret. Montella, 12 aprile 1996 (in *Nuovo dir.*, 1998, 855 ss.); Trib. Napoli, 6 febbraio 1991 (in *Arch. circolaz.*, 1991, 586 ss.).

²⁷⁸ Cass., 2 aprile 2001, n. 4783, in *Danno e resp.*, 2001, 820, con nota di Bona; in *Foro it.*, 2001, I, 3197, con nota di Caso; in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 555, con nota di Ziviz; in *Danno e resp.*, 2002, 147, con nota di Di Gregorio.

ricorrenti circa le possibili discriminazioni fra le varie poste risarcitorie, secondo il dato casuale che la morte sia conseguita all'illecito in via immediata, oppure a distanza di tempo anche breve», anche se ha, poi, ritenuto che una soluzione diversa da quella consolidata «imporrebbe di rivedere l'intera materia del danno da morte [...], non potendosi certo sommare il c.d. danno biologico tanatologico (ove fosse ritenuto risarcibile), con i danni terminali, 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»²⁷⁹.

Tuttavia interpellate nel 2008 le Sezioni Unite dalla sezione terza della Suprema Corte di Cassazione, con l'ordinanza 25 febbraio 2008, n. 4712, non solo al fine di affrontare le più complesse questioni relative al danno non patrimoniale – con particolare riguardo al danno esistenziale - ma anche di precisare “esplicitamente” se debba riconoscersi la risarcibilità del danno tanatologico. La *ratio* di una tale richiesta sta nell'espresso riconoscimento del risarcimento del danno tanatologico, o da morte immediata che ne ha fatto, come visto, la Cassazione n. 15760/2006 – sebbene quale *obiter dictum* - nonostante la costante esclusione dello stesso nella giurisprudenza di

²⁷⁹ Cass., 19 ottobre 2007, n. 21976 in *Danno e resp.*, 2008, 313, con nota di Foffa.

legittimità così come in quella costituzionale. Tuttavia, la pronuncia delle Sezioni Unite ha sostanzialmente omesso di pronunciarsi sul danno tanatologico, soffermandosi invece sul “diverso” danno morale catastrofico, ribadendo saldamente il principio che governa la responsabilità civile, ossia quello della risarcibilità dei soli “danni-conseguenza” e la conseguente necessità, ai fini dell’attivazione della tutela aquiliana, della sussistenza di una serie di conseguenze dannose a carico della vittima determinate dalla lesione subita. Ciò in quanto, una volta morto, «il soggetto non è più in grado di patire compromissioni di sorta [...] Questo, e non altri, è allora l’ostacolo concettuale sul quale si scontra il riconoscimento della tutela risarcitoria a favore di chi patisca la perdita della vita»²⁸⁰.

Delineato il quadro giuridico, la prima tesi sulla risarcibilità del danno tanatologico è quella che qualifica la perdita della vita in termini di perdita di chance sopravvivenza²⁸¹. Essa parte dall’orientamento giurisprudenziale avente ad oggetto la *chance* quale bene, la cui distruzione costituisce un danno patrimoniale. «Movendo dalla qualificazione giurisprudenziale della chance quale “entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente valutabile”, che fa parte del soggetto la cui “perdita produce un

²⁸⁰ Ziviz, *È risarcibile la perdita della vita?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 1032.

²⁸¹ Così, in dottrina anche Zorzi, *La perdita di chance ed il “danno da morte”*: prove tecniche di resistenza e nuovi scenari, in *Danno e resp.*, 2009, 1122, che segnala l’opportunità di individuare interessanti connessioni tra il danno tanatologico e la perdita di chance.

danno attuale e risarcibile”; nonché argomentando dalla ammissione della risarcibilità del danno (conseguente ad errata diagnosi medica) consistente nelle *chances* di vivere di più e meglio²⁸², si sostiene che, intendendo il *dictum* della Suprema Corte in una accezione più ampia, come se dicesse “alla vittima che, per effetto di un comportamento (illecito o negligente, omissivo o attivo) di un dato soggetto, abbia perduto la chance di vivere più a lungo, spetta il risarcimento del danno”, debba riconoscersi che allorquando viene colpito un bene già parte del patrimonio della vittima rappresentato dalla “aspettativa di vita media”, non può negarsene il ristoro»²⁸³.

Alla stessa stregua di quanto accade, indipendentemente dalla loro sopravvivenza per un apprezzabile lasso temporale, per le cose materiali che appartengono alla vittima stessa, come ad esempio “il diritto di proprietà sul veicolo distrutto in conseguenza del comportamento illecito altrui”.

Si sostiene, inoltre, nella suddetta pronuncia che: «Proprio l'individuazione della *chance* quale entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente valutabile, la cui perdita determina un danno attuale e risarcibile, depone peraltro per la relativa autonoma considerazione rispetto al bene vita, che, come

²⁸² Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619. In giurisprudenza di merito v. Trib. Monza, 30 gennaio 1998, in *Resp. civ.*, 1998, 696 ss.

²⁸³ Cass. civ. sez. III, 13 gennaio, 2014.

da tempo in dottrina del resto sottolineato, è bene altro e diverso, in sé anche la prima in realtà racchiudendo»²⁸⁴. Ciò è quanto la stessa Cassazione afferma per quanto concerne il danno alla salute: «...il diritto alla vita sia altro e diverso dal diritto alla salute costituisce dato invero inconfutabile, quest'ultima rappresentando un *minus* rispetto alla prima, che ne costituisce altresì il presupposto. Siffatta distinzione non comporta tuttavia necessariamente la conclusione che della perdita della vita debba negarsi la ristorabilità»²⁸⁵.

La sentenza riporta inoltre la soluzione proposta da un'autorevole dottrina²⁸⁶ che recentemente ha suggerito di mutare l'impostazione del problema. Ossia, si è rilevato che le categorie giuridiche non costituiscono un dato oggettivo esistente *in rerum natura*, come il fatto che nelle stesse l'interprete si sforza di sussumere ai fini dell'applicazione del diritto, ma sono uno strumento che lo stesso interprete a tale scopo crea, si è osservato, evocando in particolare la recente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione del 17 luglio 2012, n. 12236, che non essendo entità oggettiva né costituendo a priori concettuale ben possono le categorie essere dall'interprete poste “in qualunque momento in discussione”, e ciò “al di là della forza

²⁸⁴ Cass. civ. sez. III, 13 gennaio 2014, n. 1361.

²⁸⁵ Cass. civ. sez. III, 13 gennaio 2014, n. 1361.

²⁸⁶ Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 213; Lipari, *Danno tanatologico e categorie giuridiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p.526

attrattiva di sedimentazioni storiche che ci conducono ad utilizzare certi paradigmi”.

Infatti, si sostiene²⁸⁷ che il compito dell'interprete non è semplicemente quello di «collocare il fatto all'interno dell'una o dell'altra delle preconfezionate scatole che individuano le categorie qualificanti [...] all'interprete spetta il duplice compito sia di delineare gli elementi caratterizzanti del fatto che si tratta di qualificare, sia di definire (in concreto forgiandole) le categorie idonee ad indirizzare la disciplina degli accadimenti concreti».

Si è osservato, criticando un simile atteggiamento, che “pretendere di giustificare le soluzioni in funzione di categorie classificatorie preconfezionate (e il limite risulta tanto più paradossale in quanto nella specie si tratta di categorie di derivazione giurisprudenziale)²⁸⁸, se può risultare indifferente nella maggior parte dei casi, quando si tratta di risolvere problemi in qualche modo consueti, e rispetto ai quali il profilo qualificativo può ritenersi scontato ed è comunque pacificamente accolto in base a criteri di valore condivisi («perché utilizziamo categorie concettuali sedimentate da una radicata tradizione e il

²⁸⁷ Lipari, *Danno tanatologico e categorie giuridiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p.525.

²⁸⁸ Lipari, *Danno tanatologico e categorie giuridiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p.525: «L'evoluzione della giurisprudenza in tema di responsabilità civile e segnatamente in tema di risarcimento del danno non patrimoniale, che pure il legislatore del codice aveva inteso collocare in un territorio delineato assegnandogli, nella riconnessione ad ipotesi di reato, un carattere marcatamente sanzionatorio, ne costituisce un esempio quasi paradigmatico».

cui uso non richiede giustificazioni precise»²⁸⁹), appare invece ingiustificato ed ambiguo quando si tratta di dare soluzione a problemi nuovi, dietro i quali pulsano contrasti in chiave assiologica e rispetto ai quali il pacifico riferimento ad una categoria classificatoria del passato risulterebbe inevitabilmente riduttivo e condizionante, ossia «ci si trova davanti a situazioni nuove per le quali si avverte l'esigenza di una tutela, ma che non risultano facilmente collocabili entro gli schemi tradizionali»²⁹⁰. E' necessario allora mettere in discussione i nostri schemi tradizionali modificandone la struttura o forgiandone di nuovi, in quanto le categorie non sono trovate dall'operatore giuridico, ma sono da lui (consapevolmente o inconsapevolmente) costruite in vista del caso pratico che si tratta di risolvere”²⁹¹.

«La distruzione della vita umana non rappresenta soltanto un danno (il più grave fra quelli possibili) alla persona, ma costituisce anche un'offesa al nucleo familiare della stessa nonché un costo elevatissimo per la società. Risponde dunque ad uno schematismo concettuale (destinato inevitabilmente ad influenzare la soluzione) ridurre la lesione esclusivamente al primo di questi profili, attribuendo il valore della vita solo al soggetto vivente». Ciò che si verifica è una “complementarietà

²⁸⁹ Lipari, *Danno tanatologico e categorie giuridiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p.525.

²⁹⁰ Lipari, *Danno tanatologico e categorie giuridiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p.525.

²⁹¹ Cass. civ. sez III, 13 gennaio 2014, n. 1361.

nel rapporto tra la categoria dei soggetti e quella dei beni, spesso l'una sfumando nell'altra"²⁹². Esempi ne sono «l'autonomia dell'azienda rispetto alla posizione del titolare o alla varietà di situazioni che si determinano quando un complesso di beni viene considerato alla stregua di un soggetto di diritto, come accade nell'universalità, ovvero viene eletto al rango di soggetto, come nel caso della fondazione»²⁹³.

Pertanto, la soluzione che si propone è quella di considerare la vita quale un diritto, riconducibile alla relativa tutela fin tanto che appartiene al suo titolare, e, viceversa, di qualificarla come un bene nel momento in cui viene distrutta, sottolineando che una volta estinta, la vita non sarà più riferibile ad un titolare, ma non per ciò solo, nella sua oggettività, non meritevole di tutela nell'interesse della collettività. In questo modo si supererebbe il paradosso di un ordinamento che mentre penalmente gradua diversamente sanzionando le lesioni personali e l'omicidio, nella prospettiva civilistica escluderebbe invece l'alternativa riconoscendo il risarcimento per il danno alla salute ma non per la distruzione della vita, come se la vita fosse un bene da tutelarsi nel solo interesse del titolare e non della collettività.

²⁹² Rescigno, *Lecategorie civilistiche*, in Lipari-Rescigno, *Diritto civile*, I, Milano, 2009, 193 ss.

²⁹³ Lipari, *Danno tanatologico e categorie giuridiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p.528.

Si pensi che un'autorevole dottrina²⁹⁴, nel sostenere l'impossibilità di parlare di un diritto al nome, in quanto l'attribuzione dello stesso al soggetto è sempre volta a garantire un interesse della collettività, ossia la differenziata individuazione dei suoi membri, chiarisce che la qualificazione e la conseguente protezione in termini oggettivi non è affatto alternativa ad una protezione in termini soggettivi, potendo il titolare del nome agire contro una sua "infondata contestazione o una sua pregiudizievole usurpazione".

«Se si ammette dunque che la vita è un bene meritevole di tutela nell'interesse dell'intera collettività, non solo del singolo soggetto vivente... è legittimo chiedersi perché mai l'uccisione di un individuo non debba determinare, a carico di chi la compie, una obbligazione risarcitoria commisurata al valore che questo bene ha nella sua oggettività»²⁹⁵.

Ne consegue che sostenere l'inconcepibilità dell'acquisizione in capo al soggetto che muore di un diritto che deriva dal fatto stesso della sua morte vuol dire operare in schemi o meglio "categorie" che non sono i soli possibili, quali "dogmi inviolabili".

«Si è osservato che il problema risulta "non direttamente affrontato nei suoi profili qualificanti" ma "aggirato" là dove,

²⁹⁴ Santoro Passerelli, *Dottrine generali del diritto*, 9 ed., Napoli, 1966, 50 ss.

²⁹⁵ Lipari, *Danno tanatologico e categorie giuridiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p.529.

“anziché circoscrivere il danno tanatologico alla sola lesione del bene vita, lo si sposta sul terreno di un danno ulteriore (ed eventuale) qual è la sofferenza che la vittima ha subito nel percepire la fine della propria esistenza”, a tale stregua addivenendosi ad “artificiose enfattizzazioni”, quali l'individuazione del cd. danno catastrofico o del cd. danno biologico terminale, nonché a figure frutto della “fantasia della giurisprudenza” quali il “danno al rapporto parentale” e il “danno edonistico” (figura quest'ultima di diritto americano, concernente il “più ampio valore della vita”, comprendente “il profilo economico, quello morale, quello fisiologico; insomma tutto il valore che si può attribuire alla vita”²⁹⁶»²⁹⁷. Tutte queste soluzioni, sotto l'influenza di un'impostazione categoriale, sostanzialmente aggirano quello che è il nodo del problema, ossia che la morte è il più grave tra i possibili danni alla persona, ma nello stesso tempo è un costo per la società, «al quale deve corrispondere un risarcimento capace (sul terreno civilistico e non solo quindi sul versante delle sanzioni penali) di trasmettere ai consociati il disvalore dell'uccisione e la deterrenza della reazione dell'ordinamento. In questo quadro ridurre tutto al profilo della soggettività e delle sue tutele è certamente riduttivo

²⁹⁶ Corte distr. Illinois, 15 novembre 1995 (Sherrrod v. Berry, Breen and City of Joillet), in *Foro it.*, 1987, 4, 71 ss..

²⁹⁷ Cass. civ. sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361.

e per tanti versi distorto»²⁹⁸. Si dice che proprio «nel momento di massima crisi del formalismo giuridico, sembra riemergere, per una via del tutto diversa, la tesi di Kelsen che negava il diritto soggettivo come interesse giuridicamente protetto risolvendolo nell'oggettività della tutela»²⁹⁹

Si è inoltre sottolineato come sia “aprioristico sostenere che, essendo, nell'ordinamento civile, la funzione del risarcimento di segno riparatorio o consolatorio, ne sarebbe impensabile un'attuazione a favore del defunto”³⁰⁰. Tale affermazione presuppone la coincidenza tra il danneggiato e il titolare dell'azione risarcitoria, oltre naturalmente a non considerare l'assunzione della vita quale bene nel momento in cui cessa di appartenere, quale diritto ad un soggetto suo titolare. Trattasi di un altro “postulato categoriale”. La tutela non si collega necessariamente alla posizione del titolare, ma guarda all'intera collettività. Oggi, infatti, si è realizzata un'effettiva dissociazione tra il diritto e l'azione, la cui prova rinveniamo ad esempio nella tutela dei consumatori e nell'ambito degli interessi diffusi, ove la tutela viene conferita a soggetti che di quei diritti non sono affatto titolari, in quanto non hanno stipulato il contratto o non hanno subito un danno diretto.

²⁹⁸ Lipari, *Danno tanatologico e categorie giuridiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p.530.

²⁹⁹

³⁰⁰ Così recentemente Cass., 17 luglio 2012, n. 12236, cit.

Un'altra soluzione che è stata autorevolmente proposta in dottrina³⁰¹, riportata dalla stessa sentenza Scarano, prevede la possibilità e la necessità di non abbandonare le tradizionali categorie e “di trarre piuttosto da essi nuovi e differenti corollari”.

Si è evidenziato come l'assunto dell'assenza di capacità giuridica della vittima – secondo cui: «la persona uccisa non può soffrire un danno risarcibile in quanto le persone defunte non hanno capacità giuridica e non possono quindi subire un danno ingiusto»³⁰² - risulti carente, in quanto non tiene conto del fatto che, al momento della lesione mortale, la medesima è ancora in vita, ed è proprio in tale momento che acquisisce il diritto al risarcimento. Secondo molti, come visto, questo principio risponde al brocardo latino *momentum mortis vitae tribuitur*. Inoltre, si è sottolineato che tra fatto e diritto esiste una relazione “logica” e non “temporale”, sicchè nel determinare la scomparsa della persona la morte fa sorgere contestualmente la pretesa risarcitoria e ne determina la relativa trasmissione agli eredi³⁰³.

³⁰¹ Bianca, *Il danno da perdita della vita*, in *Vita not.*, 2012, p. 1497 ss.; id., *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della Cassazione attesa da tempo, (dedicato alla memoria di Francesco Galgano)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 493 e ss.

³⁰² Bianca, *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della Cassazione attesa da tempo, (dedicato alla memoria di Francesco Galgano)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 499.

³⁰³ Trib. Santa Maria Capua Vetere, 14 gennaio 2003, Bona, *Danni da morte iure successionis: la Cassazione valorizza il «danno biologico terminale», mentre la giurisprudenza di merito mantiene aperta la questione del «danno da perdita di vita»*, in *Giur. it.*, 2004, 3; Monateri, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, p. 509: «da un punto di vista di stretta logica giuridica non può proprio sussistere alcuna questione circa il tempo che un diritto al risarcimento del danno impiega a maturare onde

Si è ritenuto invalido l'assunto secondo cui solo il danno-conseguenza, e non anche il danno-evento, deve considerarsi risarcibile, in quanto esso non trova riscontro in norme ed è smentito dalla stessa giurisprudenza³⁰⁴ «basti ricordare come merito della giurisprudenza sia stato quello di aver dato ingresso al risarcimento delle lesioni arrecate ai valori della persona a prescindere dalle conseguenze pregiudizievoli che ne possono derivare. Determinante al riguardo è stata la svolta giurisprudenziale in tema di danno all'integrità psicofisica, ossia di danno biologico»³⁰⁵. Tuttavia l'ultimo arresto delle Sezioni Unite sul tema dei danni risarcibili suona diversamente, riconoscendo il risarcimento per i soli danni-conseguenza. Stando così le cose, dovrebbe pertanto negarsi la risarcibilità

trasmettersi agli eredi, poiché tra "fatto" e "diritto" esiste una relazione logica, ma non già una relazione temporale: "la morte provoca (in senso logico giuridico) sia il sorgere della pretesa risarcitoria che la scomparsa di quel soggetto come soggetto giuridico, e quindi provoca (in senso logico giuridico) il trapasso della pretesa risarcitoria agli eredi».

³⁰⁴ Bianca, *Il danno da perdita della vita*, in *Vita not.*, 2012, p. 1499.

³⁰⁵ Così Corte cost., n. 184 del 1986, cit. supra; inoltre, continua Bianca: «...Nel 1992 (sentenza n. 2840 del 10 marzo 1992) la Cassazione ribaltò il precedente orientamento affermando che il danno biologico va risarcito per quello che è, a prescindere dalle conseguenze pregiudizievoli - personali ed economiche - che ne possono derivare... pertanto, se il fatto lesivo causa alla vittima la perdita della mano, è il danno della perdita di questo arto, "in sé per sé considerato", che va risarcito, a parte le ulteriori conseguenze pregiudizievoli. Se dunque la perdita di una mano è un danno di per sé risarcibile, deve ammettersi che debba esserlo il ben più grave danno della perdita della vita», così Bianca, *Il danno da perdita della vita*, in *Vita not.*, 2012, p. 1499; anche la giurisprudenza spagnola riconosce che la perdita della vita è un danno di per sé sempre risarcibile: Castro Y Bravo, *La indemnización per causa de muerte (estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, in *Anuario derecho civil*, 1956, p. 449.

della lesione mortale, in quanto integrerebbe un danno-evento³⁰⁶.

Si è rilevato, inoltre, come la tesi dell'incapibilità e intrasmissibilità del diritto al risarcimento del danno non patrimoniale a causa del relativo carattere strettamente personale è stata superata dalla giurisprudenza³⁰⁷, ed è ormai recessiva sia nei sistemi di *common law*, (compreso quelli di diritto americano), sia nei sistemi di *civil law*, tanto che nello stesso ordinamento tedesco si riconosce agli eredi la pretesa al risarcimento del danno non patrimoniale (*Schmerzensgeld*) acquistata in vita dal *de cuius*³⁰⁸.

Dinnanzi all'affermazione secondo cui del risarcimento non può beneficiare la vittima, ormai defunta, si replica che la circostanza per la quale la prestazione è materialmente percepita da altri non inficia il titolo dell'obbligazione né estingue la sua funzione risarcitoria – infatti si obietta che in tal caso il risarcimento avrebbe solo funzione punitiva, adombrando così lo spettro dei *punitive damages* - poiché anche attraverso la trasmissione *iure hereditatis* la vittima trae vantaggio dall'acquisizione del relativo credito, in quanto esso contribuisce ad incrementare l'eredità

³⁰⁶ Così, tra gli altri, F. Di Giovanni, *Sulla risarcibilità "iure hereditario" del danno da uccisione*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1995, 92: "la lesione antigiuridica non è mai di per sé sufficiente a completare la fattispecie di responsabilità".

³⁰⁷ Cass., 3 ottobre 2013, n. 22601

³⁰⁸ Come visto sopra anche con riferimento al § 84 I BGB.

lasciata ai propri congiunti, ossia “la vittima beneficia del credito risarcitorio già in quanto ne dispone a favore di altri”³⁰⁹. Sostiene Bianca, infatti, che «dall’ammessa credibilità e trasmissibilità del diritto al risarcimento del danno non patrimoniale consegue che il passaggio del diritto ad altri titolari è una vicenda compatibile con la sua funzione risarcitoria, che connota il titolo in base al quale il danneggiato ha acquisito il diritto poi trasmesso. Se non si dubita che, ad esempio, il diritto al risarcimento del danno biologico terminale rimane un diritto risarcitorio pur se a riscuoterlo sia l’erede, non può negarsi la risarcibilità del danno tanatologico adducendo che la prestazione pecuniaria è destinata ad essere percepita dai successori»³¹⁰.

³⁰⁹ Bianca, *Il danno da perdita della vita*, in *Vita not.*, 2012, p. 1500. Scriveva già il Carnelutti, *Natura del diritto dei superstiti nella legge degli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, I, 402 ss.: “perché non si può avere diritto a una prestazione dipendente dalla propria morte? La ragione non può essere che questa perché trattasi di un diritto la cui realizzazione non può succedere durante la vita del titolare. Non ne vedo altre. Ma allora domando: “è condizione per la esistenza di un diritto che questo si possa realizzare essendo vivo colui cui spetta attualmente? Io non credo [...] poniamo che la prestazione futura (post mortem) non abbia per il titolare alcun valore presente, resta sempre il suo interesse (morale o altruistico) a che la prestazione sia eseguita in favore dell’erede o di altra determinata persona. Perché questo interesse non può formare il midollo di un diritto? Manifestamente un ostacolo vi può essere solo in uno stadio involuto dell’ordine giuridico, quando la tutela si limita agli interessi più immediati e materiali: ma deve sparir man mano che l’ordine giuridico si eleva e si affina.” Il Bianca sostiene, inoltre, che nell’ipotesi in cui non vi siano parenti e unico successibile sia lo Stato non deve negarsi in generale la risarcibilità del danno tanatologico ma, semmai, dovrà mettere in dubbio che il diritto al risarcimento si trasmette per legge al di fuori della cerchia familiare.

³¹⁰ Bianca, *Danno non patrimoniale da perdita della vita: il rinvio alle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 502. Inoltre neppure il caso della trasmissibilità del diritto al risarcimento del danno morale soggettivo trova ostacolo nella circostanza che la somma è percepita da persona diversa da quella che ha sofferto il danno: tra gli altri così, Franzoni, *Fatti illeciti*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, *Art. 2043-2056-2059*, Bologna, 2004, 584, cit. *supra*.

Si sottolinea, ancora, la falsità dell'argomento dell'insensibilità morale della vittima, ossia quello secondo cui la morte non provoca sofferenza morale³¹¹. A fondamento dello stesso sembra esservi la concezione che identifica il danno non patrimoniale nel danno morale soggettivo, e quindi nel "patema d'animo". Tuttavia oggi è assolutamente pacifico che il danno morale soggettivo è soltanto un aspetto, una componente del danno non patrimoniale che consiste nella perdita di un bene essenziale della persona. La sofferenza morale normalmente consegue al danno da perdita di un bene essenziale della persona, ossia al danno non patrimoniale, ma la sua mancanza non esclude che la vittima abbia subito in ogni caso il danno di quella perdita e neppure impedisce che sorga il diritto al risarcimento in capo alla persona che non possa percepire una sofferenza morale. Pertanto, la vittima subisce in ogni caso il danno della perdita di un bene essenziale, la vita.

³¹¹ Così Bianca, *Il danno da perdita della vita*, in *Vita not.*, 2012, p. 1501: «Quanto sia problematico questo punto ce lo confermano i contrastanti segnali inviati dalla giurisprudenza francese. Nel 2010 due sentenze della cassazione penale hanno negato la risarcibilità del danno non patrimoniale in favore di due vittime di incidenti mortali, che presumibilmente non avevano percepito una sofferenza morale (si tratta delle sentenze del 5 ottobre 2010, n. 10-81-743 e 09-87-385, segnalate da Jourdain, in *Riv. trim. droit civil*, 2011, p. 444). L'una era rimasta in coma per quindici giorni, l'altra era deceduta dopo appena un'ora. Nel primo caso la vittima non aveva mai ripreso conoscenza; nel secondo non era stato provato che essa fosse stata in grado di percepire una sofferenza morale prima di morire. Diversamente orientata è tuttavia la Cassazione civile francese, la quale si è pronunciata nel senso che il danno morale sofferto dalla vittima di un incidente mortale va comunque risarcito essendo indifferente che a causa del suo stato vegetativo non abbia subito un "reale dolore morale" (sempre segnalate da Jourdain, sono le sentenze Del 22 febbraio 1995, in *Riv. trim. droit civil*, 1995, p. 629, e l'analoga 28 giugno 1995). La nostra Cassazione appare orientata in sintonia con la Cassazione penale francese. Anche di recente essa ha negato che sussista un danno biologico risarcibile nel caso di agonia non cosciente in quanto la vittima non può avere subito una sofferenza morale.»

A sostegno di quanto affermato, è significativa la svolta giurisprudenziale che ha riconosciuto la risarcibilità del danno non patrimoniale in favore dell'ente giuridico per violazione del diritto al nome, all'onore, all'immagine, alla reputazione, all'identità, ossia di un bene insuscettibile di valutazione economica, e in favore del neonato e del nascituro a seguito della lesione dell'integrità psicofisica.

Queste stesse tesi hanno formato oggetto del seminario tenutosi il 17 ottobre 2012, nell'Aula Magna del palazzo della Corte di cassazione, organizzato dall'Ufficio per la Formazione Decentrata del C.S.M. e dalla Corte di cassazione, dal titolo "*Perdita della vita e risarcimento del danno*". Sotto la direzione del Presidente Roberto Preden, diversi e autorevoli sono stati gli interventi sul tema, accanto a quelli del Bianca e del Lipari, sostanzialmente riassuntivi delle loro tesi qui ampiamente esposte e ripercorse dalla sentenza Scarano. Tra gli altri autorevoli relatori, il Presidente Mario Rosario Morelli, prendendo atto che nell'attuale diritto vivente non è riconosciuto il danno da perdita della vita, si è interrogato sul se vi sia la possibilità di superare gli argomenti che tradizionalmente si oppongono alla sua risarcibilità.

"Il più forte" tra questi argomenti è senza dubbio "come possa pretendere di essere risarcito chi non esiste più quando viene ad

esistenza il danno. Questo argomento tuttavia non è risolutivo, perché chi perde la vita non perde la capacità: la capacità si acquista con la nascita, ma non si perde con la morte”. Ad esempio all’art. 300 c.p.c., il defunto rimane parte processuale finché non sia dichiarata la sua morte. Pertanto, l’ordinamento può prevedere una “ultrattività” della capacità giuridica.

Secondo tale autorevole voce, l’altro tradizionale argomento a fondamento della tesi negazionista, ossia quello secondo cui il risarcimento del danno da perdita della vita non avrebbe una funzione compensativa, prende in considerazione solo il punto di vista della vittima, ma non dell’autore dell’illecito. Benché la vittima muoia, l’autore dell’illecito resta in vita, e sarà nei confronti di quest’ultimo che il risarcimento dispiegherà i suoi effetti, assolvendo in ogni caso una funzione giuridicamente rilevante, anche se “sanzionatoria”.

Per quanto concerne invece le ragioni che, a suo dire, sarebbero a fondamento della risarcibilità del danno da perdita della vita, il relatore osserva che la responsabilità nasce quando c’è una condotta che viola una regola, che sia lesiva cioè di un interesse tutelato dall’ordinamento. Di conseguenza, se prima si considerava insufficiente ai fini della pretesa risarcitoria la mera

lesione dell'interesse protetto³¹², dalla sentenza n. 184 del 1986 della Corte costituzionale si è affermata invece la diversa opinione secondo cui “danno” è lesione di interesse (e cioè “danno-evento”), e ciò basta per invocarne la risarcibilità.

Non v'è chi non veda un'aperta contraddizione tra il sancire, da un lato, l'inviolabilità del diritto alla vita, e l'escludere, dall'altro, che la sua violazione abbia conseguenze da risarcire.

«La lesione di un diritto della persona, invece, costituisce un danno *in re ipsa*, risarcibile in base al combinato disposto degli artt. 2 cost. e 2059 c.c.».

Tale conclusione non può efficacemente confutarsi mediante i principi desunti dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 372 del 1994, la quale abbandonò la distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza. Secondo il relatore, quella sentenza, infatti, fu “ambigua”, in quanto non considerò il fatto che «se c'è stata lesione di un diritto, per forza c'è già stato un pregiudizio. Pretendere, invece, che questo sia risarcibile solo se dalla lesione del diritto sia derivato un pregiudizio ulteriore significa introdurre una soglia di risarcibilità». Morelli ha precisato che a suo avviso «la tesi del danno-evento non incentiva affatto le domande bagatellare o pretestuose (c.d.

³¹² A tal riguardo, il relatore ha ripercorso le vicissitudini del danno da lesione del diritto di credito e del danno da lesione di interessi legittimi.

floodgate argument), perché nel nostro ordinamento l'art. 2 cost., oltre a riconoscere i diritti della persona, ne sancisce anche i doveri, e tra questi rientra il dovere di solidarietà, che è dotata di efficacia diretta verso tutti i cittadini (c.d. *Drittwirkung*)». Dato che il dovere di solidarietà comporta l'obbligo di tollerare le altrui invasioni minime nella propria sfera giuridica, ciò è sufficiente a privare di fondamento il timore del "*floodgate argument*". Infatti, la qualificazione della lesione in termini di "illecito", presuppone l'accertamento che sussista almeno un certo livello di invasione della sfera giuridica altrui. Pertanto, a rilevare è l'entità della lesione (danno-evento), non l'entità del danno, ossia delle conseguenze dannose (danno-conseguenza). Ma qualora sussista la lesione del diritto e sia rilevante, il danno è *in re ipsa*.

Anche Rescigno, nel suo intervento, come Lipari riconosce che le categorie giuridiche sono relative e, come Morelli, che la capacità del soggetto si proietta anche *post mortem*.

Tuttavia Rescigno ha manifestato preoccupazione per la tendenza ad accentuare più di quanto si debba il ruolo della persona nel diritto privato nel fenomeno della c.d. "depatrimonializzazione" del diritto privato. Egli sottolinea, infatti, come ai giudici spetti il compito di tutelare i valori non patrimoniali della persona, ma sempre e solo al fine di soddisfarli

sul piano patrimoniale nel caso di lesione, essendo questo il fondamento delle relazioni sociali. Al contrario, insistere sull'art. 2 cost. e sul dovere di solidarietà, oppure sul "valore collettivo" della perdita della vita umana, vuol dire sì spostarsi su un piano elevatissimo, ma non è questa la strada da percorrere per dare un senso e una risposta al problema del danno da perdita della vita³¹³.

Il relatore ha quindi espresso riserve sulla tesi del "danno *in re ipsa*", in quanto quest'ultima sarebbe autoreferenziale, ossia si giustificerebbe per se stessa, «ma è un'affermazione di principio» non sostenuta da argomenti pienamente soddisfacenti.

Rescigno ha conseguentemente ritenuto che la morte può essere qualificata come fenomeno o come processo, e che per risolvere il problema del danno da perdita della vita bisogna smettere di cercare il "momento ereditario", ossia il momento in cui il diritto al risarcimento del danno deve essere entrato nel patrimonio della vittima. Così di fronte a una funzione tradizionalmente compensativa del risarcimento del danno, non sarebbero ammissibili nel nostro ordinamento risarcimenti assolventi una funzione punitiva, ma si ammette che qualora un giorno si

³¹³ Così Rescigno sostiene che: «Fu il positivismo tedesco di fine Ottocento a elaborare un c.d. "diritto dei morti" e forme di tutela *post mortem*. Fu una stagione di studi interessante, ma più filosofica che giuridica, che si spiegava con l'influsso del positivismo e la sua tendenza ad una completa classificazione di tutto lo scibile umano.»

arrivasse a riconoscere una funzione punitiva del risarcimento, ciò non sconvolgerebbe: «la responsabilità civile infatti si evolve continuamente, e le sue varie funzioni possono cumularsi od integrarsi».

Un altro autorevole relatore³¹⁴, avendo la giurisprudenza della CEDU affermato l'ingiustizia di un termine di prescrizione breve del diritto al risarcimento del danno, si è domandato se sia compatibile con la CEDU la tesi che nega il diritto al risarcimento nell'ipotesi di morte immediata della vittima di lesioni, in quanto in tal caso l'effetto non sarebbe altro che quello di una "*prescrizione immediata*" del diritto al risarcimento. Si è così auspicato uno sviluppo della cultura dei diritti umani, funzionale alla revisione delle categorie di danno e una liquidazione del danno da morte nella misura massima di cui alle tabelle di Milano.

Si è sostenuto³¹⁵, inoltre, che per quanto concerne il danno da morte si scontrano due diverse linee di pensiero: una "alta", di matrice filosofico-sociale, la quale lo ammette, e l'altra "civile", la quale invece lo nega facendo leva sulla distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza. Il problema in questione «è sorto quando dalla nozione tradizionale di "danno morale" si è passati

³¹⁴ Il presidente Giovanni Battista Petti.

³¹⁵ È l'intervento di Adolfo Di Majo

ad una nozione ampia di danno non patrimoniale, comprensivo di tutte le lesioni di diritti della persona. In questo modo quel che una volta si chiamava “danno-evento” è diventato un “danno-conseguenza”, e quel che una volta si chiamava “danno-conseguenza” è diventato un “pregiudizio” (morale, parentale, biologico)». Così è stata prevista la risarcibilità del danno esistenziale, pregiudizio risarcibile se derivante dalla lesione di un diritto fondamentale.

Il problema del danno da morte è però rimasto irrisolto, e si è cercato di risolverlo in modo inappagante, mediante l'*escamotage* della durata dell'agonia (alquanto incerta) o lo stato di coscienza tra le lesioni e la morte (oggettivamente non accertabile).

Relativamente al danno da perdita della vita, un danno vero e proprio manca. Vi possiamo rinvenire la lesione di un diritto fondamentale che deve essere riparata e sanzionata, ma non in una logica risarcitoria. «La logica risarcitoria regge quando possiamo delineare le conseguenze dannose, e in caso di morte non abbiamo conseguenze dannose. Dunque occorre prevedere non un risarcimento, ma una *riparazione* in denaro»³¹⁶.

³¹⁶ Così Di Majo.

Si è poi detto³¹⁷ come «riconoscere il danno da perdita della vita in capo al defunto non è un modo più “moderno” di tutelare la vita, di quanto non sia riconoscere il risarcimento in capo ai congiunti. C'è infatti una differenza ontologica fondamentale tra il risarcimento del danno che precede la morte e il danno da morte. Il problema dunque non è se spetti o meno il diritto al risarcimento del danno da perdita della vita, ma se l'elemento oggettivo di attenzione dell'ordinamento debbano essere i congiunti piuttosto che gli eredi.

Se così è, non vale la pena creare nuove categorie giuridiche. Il diritto serve a soddisfare bisogni, e dunque basterebbe aumentare la misura del risarcimento per i congiunti.

Negare il risarcimento del danno da perdita della vita, poi, non significa affatto affermare che il diritto vita non sia primario. Del resto a nessun miglior assetto si perverrebbe sul piano della tutela risarcitoria, se si ammettesse la risarcibilità del danno da perdita della vita: l'unico risultato concreto sarebbe quello di ridurre i diritti dei congiunti a favore degli eredi, se diversi».

2) LA SENTENZA “SCARANO”: LA PERDITA DEL DIRITTO ALLA VITA COME DANNO IN SÉ RISARCIBILE

³¹⁷ Intervento di Alfonso Amatucci

La soluzione adottata dalla sentenza Sacrano ritiene senza dubbio suggestiva la tesi del danno collettivo di Lipari e da condividere l'osservazione che le categorie dogmatiche create e poste dagli interpreti non possono diventare delle “gabbie argomentative” di cui non ci si possa liberare neppure quando portino ad un risultato interpretativo contrastante con il comune sentire sociale, in un determinato momento storico.

Tuttavia, prima di liberarsi degli schemi tradizionali è preliminarmente necessario accertarsi se è possibile confermarne la validità e utilità nel quadro giuridico così come delineato dalle Sezioni Unite nel 2008. E ciò va fatto prima di elaborare soluzioni radicali come quella del danno collettivo, indubbiamente problematica, e per di più caratterizzata “da profili di deterrenza e carattere sanzionatorio”³¹⁸.

Si è più volte ribadito che fondamentale principio, posto dalle Sezioni Unite del 2008 a fondamento della rilettura del sistema dei danni alla luce dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., quale assioma o postulato, è la risarcibilità del solo danno-conseguenza, e non del danno-evento.

Pertanto, stando così le cose, non sembra consentito, a distanza di così poco tempo, in base alle “esigenze di certezza del diritto,

³¹⁸ Cass. civ. sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361.

conoscibilità della regola di diritto e ragionevole prevedibilità della sua applicazione”³¹⁹ da cui trae fondamento anche il principio del giusto processo ex art. 11 Cost.³²⁰, stravolgere radicalmente la suddetta ricostruzione sistematica. Ciò che invece è possibile e consigliabile è al contrario agire nella “logica interna” di questo sistema.

Di per sé solo questo sistema non può escludere la risarcibilità del danno da perdita della vita, nonostante sia pacifico che tale perdita possa produrre conseguenze *inter vivos* per il soggetto che si estingue, ma ciò non basta a negarne in favore del medesimo il risarcimento, in quanto “la perdita della vita, bene supremo dell'uomo e oggetto di primaria tutela da parte dell'ordinamento”³²¹, non può restare senza conseguenze sul piano civilistico.

Deve ammettersi che il danno da perdita della vita costituisce “ontologica ed imprescindibile eccezione al principio della risarcibilità dei soli danni-conseguenza”³²², e ciò in quanto ogni principio ha le sue eccezioni, che valgono sostanzialmente a confermarlo.

³¹⁹ Cass. civ. sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361 e Cass., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144.

³²⁰ Cass., 7 giugno 2011, n. 12408

³²¹ Cass. civ. sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361

³²² Cass. civ. sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361

Si osserva in dottrina che la perdita della vita deve essere valutata *ex ante* e non *ex post* rispetto all'evento che l'ha cagionata.

Ci si chiede quali siano i confini dell'ambito di applicazione di una tale eccezione al principio di risarcibilità dei soli danni-conseguenza, ossia se anche la perdita di altri diritti inviolabili e beni essenziali dell'uomo, diversi dalla vita, possa legittimare di per sé sola l'attribuzione di un diritto al risarcimento, indipendentemente dalle conseguenze personali ed economiche che possano derivarne.

Talvolta, nella stessa giurisprudenza di legittimità si afferma che la mera violazione di diritti inviolabili o di diritti fondamentali integra danno *in re ipsa*³²³.

Tuttavia, in linea generale, a parte specifici casi espressamente stabiliti, il danno, anche nell'ipotesi di lesione di valori della persona, non può essere considerato *in re ipsa*, poiché, in caso contrario, ne risulterebbe snaturata la funzione reintegratoria-compensatoria tipica del risarcimento, che sarebbe concesso non conseguentemente all'effettivo accertamento di un danno, ma

³²³ Cass. civ. sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361: In particolare «l'affermazione dell'accertamento del superamento della soglia di normale tollerabilità di cui all'art. 844 c.c. comporta, nella liquidazione del danno da immissioni, sussistente *in re ipsa*, l'esclusione di qualsiasi criterio di contemperamento di interessi contrastanti e di priorità dell'uso, in quanto venendo in considerazione, in tale ipotesi, unicamente l'illiceità del fatto generatore del danno arrecato a terzi, si rientra nello schema dell'azione generale di risarcimento danni di cui all'art. 2043 c.c., e specificamente, per quanto concerne il danno alla salute, nello schema del danno non patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c.». Vedi in questo senso: Cass., 9 maggio 2012, n. 7048.

come pena privata che sanziona un comportamento lesivo³²⁴. Il danno, compreso quello non patrimoniale nei suoi vari aspetti, deve essere allegato e provato dal danneggiato, secondo la regola generale *ex art. 2697 c.c.*, con ogni mezzo, anche per presunzioni³²⁵.

Tuttavia, non può non osservarsi che: «Negare alla vittima il ristoro per la perdita della propria vita significa determinare una situazione effettuale che in realtà rimorde alla coscienza sociale, costituendo ipotesi che del principio in argomento viene invero a minare la bontà, dando adito ad aneliti di relativo abbandono o superamento in quanto divenuto una "gabbia interpretativa" inidonea a consentire di pervenire a legittimi risultati ermeneutici, rispondenti al comune sentire sociale dell'attuale momento storico»³²⁶.

Come visto, sebbene sia stata superata da norme internazionali ed Europee, la discrasia tra “morte immediata” e “lesioni mortali” «non costituisce lacuna o discriminazione costituzionalmente rilevante per il nostro ordinamento interno, posto che comunque il legislatore appresta mezzi di tutela, giurisdizionalmente azionabili (in sede penale e civile), sicchè

³²⁴ Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975

³²⁵ Cass., 3 ottobre 2013, n. 22585; Cass., 20 novembre 2012, n. 20292; Cass., 16 febbraio 2012, n. 2228. Inoltre, successivamente alle pronunzie delle Sezioni Unite del 2008: Cass., 6 aprile 2011, n. 7844; Cass., 5 ottobre 2009, n. 21223; Cass., 22 luglio 2009, n. 17101; Cass., 1 luglio 2009, n. 1540.

³²⁶ Cass. civ. sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361.

solo “*de iure condendo*” appare auspicabile “una riforma che possa allineare il sistema italiano a quello internazionale o di diritto comune”»³²⁷, deve assolutamente porsi in dubbio un tale assunto.

In sintonia con il Bianca, anche Scarano ritiene che la funzione compensativa risulta pienamente assolta in quanto il diritto al risarcimento spettante alla vittima per la perdita della propria vita a causa dell'altrui illecito incrementa il suo patrimonio ereditario, perdendo così rilievo l'assunto secondo cui il risarcimento del danno da perdita della vita avrebbe una funzione meramente punitiva, propria invece della sanzione penale³²⁸.

“Vano” si definisce il riferimento al presupposto dell’“apprezzabile lasso di tempo” o al criterio dell'intensità della sofferenza, “meri *escamotages* interpretativi per superare le iniquità scaturenti dalla negazione del risarcimento del danno da perdita della vita”³²⁹.

Un altro *escamotage*, per Scarano, è senza dubbio quello di sopperire alla assenza di tutela della perdita della vita attraverso l' “attribuzione ai familiari *iure proprio* del diritto di

³²⁷ Cass. civ. sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361: così Cass., 2 aprile 2001, n. 4783.

³²⁸ Così in particolare: Cass., 24 marzo 2011, n. 6754, cit. supra.

³²⁹ Cass. civ. sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361.

risarcimento di tutti i danni non patrimoniali, comprensivi non delle sole sofferenze fisiche (eventuali danni biologici) o psichiche (danni morali o soggettivi), ma anche dei c.d. danni esistenziali, consistenti nell'irredimibile, oggettiva e peggiorativa alterazione degli assetti affettivi e relazionali all'interno della famiglia”³³⁰.

Pare adombrarsi, dietro un tale riconoscimento, un uso strumentale di istituti di fronte al mancato riconoscimento di altri.

L'infondatezza dell'irrisarcibilità dell'agonia inconsapevole³³¹, come detto, si evince dal riconoscimento della risarcibilità del danno non patrimoniale in favore del neonato e del nascituro, in questi termini: “la mancanza del rapporto intersoggettivo che connota la relazione tra padre e figlio è divenuta attuale quando la figlia è venuta alla luce. In quel momento s'è verificata la propagazione intersoggettiva dell'effetto dell'illecito per la lesione del diritto della figlia (non del feto) al rapporto col padre; e nello stesso momento è sorto il suo diritto di credito al risarcimento, del quale è dunque diventato titolare un soggetto fornito della capacità giuridica per essere nato”³³²; e dal riconoscimento della risarcibilità del danno non patrimoniale nei

³³⁰ Cass. civ. sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361.

³³¹ Trib. Venezia, 6 luglio 2009, cit; Trib. Venezia, 15 marzo 2004, cit.

³³² Cass., 3 maggio 2011, n. 9700; Cass., 11 maggio 2009, n. 10741.

confronti della persona giuridica e dell'ente, quando il fatto lesivo incide su una situazione giuridica della persona giuridica o dell'ente che è l'“equivalente” dei diritti fondamentali della persona umana garantiti dalla Costituzione, come il diritto all'immagine, alla reputazione, all'identità della persona giuridica o dell'ente³³³.

«La perdita del bene vita, bene supremo dell'individuo oggetto di un diritto assoluto e inviolabile, dall'ordinamento garantito in via primaria, anche sul piano della tutela civile, è allora ex se risarcibile, quale danno non patrimoniale, nella sua oggettività, a prescindere pertanto dalla consapevolezza che il danneggiato/vittima ne abbia»³³⁴.

La giurisprudenza di legittimità ha inoltre recentemente affermato che la percezione della gravità della lesione dell'integrità personale della vittima nella fase terminale della sua vita può essere anche “non cosciente”, il danno essendo

³³³ Cass., 4 giugno 2007, n. 12929; Cass., 9 maggio 2001, n. 10125. Nel senso che spetta alla persona giuridica e all'ente il danno non patrimoniale, inteso come danno morale soggettivo, sofferto per la durata irragionevole del processo: Cass., 4 giugno 2013 n. 13986; Cass., 1 dicembre 2011, n. 25730; Cass., 29 marzo 2006, n. 7145; Cass., 18 febbraio 2005, n. 3396; Cass., 16 luglio 2004, n. 13163. In ordine alla risarcibilità del danno all'immagine della P.A. v. Cass., 22 marzo 2012, n. 4542 e Cass., 4 giugno 2007, n. 12929, nonché Corte Cost., 15 dicembre 2010, n. 355.

Affermano che anche nei confronti delle persone giuridiche, e degli enti collettivi in genere, è configurabile il risarcimento del danno non patrimoniale, che non si identifica con la *pecunia doloris* (danno morale), ma ricomprende qualsiasi conseguenza pregiudizievole ad un illecito che, non essendo valutabile in termini monetari e di mercato, non può formare oggetto di risarcimento ma di riparazione: Cass., 12 dicembre 2008, n. 29185.

³³⁴ Cass. civ. sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361.

anche in tal caso pur “sempre esistente”³³⁵, e, per quanto concerne il danno morale, si è sostenuto che non sarebbe equo attribuire il diritto soggettivo al risarcimento di un danno non patrimoniale diverso dal pregiudizio alla salute e consistente in sofferenze morali, e negarlo quando tali sofferenze non sono nemmeno possibili a causa dello stato di non lucidità del danneggiato³³⁶. La perdita della vita va infatti risarcita indipendentemente dalla consapevolezza che la vittima ne abbia, anche nell’ipotesi di morte immediata o istantanea, senza che rilevino né 1) il presupposto della persistenza in vita per un apprezzabile lasso di tempo successivo al danno-evento, ossia il “danno biologico terminale”, né 2) il criterio dell’intensità del dolore patito dalla vittima a causa della consapevole e lucida percezione dell’ineluttabile sopraggiungere della propria fine, ossia il “danno morale terminale o catastrofe”.

È un danno altro e diverso, in ragione del diverso bene tutelato, dal danno alla salute, e si differenzia pertanto dal danno biologico terminale e dal danno morale terminale della vittima, in quanto rileva di per sé, quale perdita del bene vita. Il diritto al risarcimento di un tale danno viene acquisito dalla vittima istantaneamente, ossia al momento della lesione mortale, e

³³⁵ così Cass., 28 agosto 2007, n. 18163; Cass., 19 ottobre 2007, n. 21976

³³⁶ Cass., 7 febbraio 2012, n. 1716; altresì Cass., 11 giugno 2009, n. 13530; Cass., 15 marzo 2007, n. 5987.

pertanto prima dell'*exitus*, «costituendo ontologica, imprescindibile eccezione al principio dell'irrisarcibilità del danno-evento e della risarcibilità dei soli danni-conseguenza, giacché la morte ha per conseguenza la perdita non già solo di qualcosa bensì di tutto; non solamente di uno dei molteplici beni, ma del bene supremo della vita; non già di qualche effetto o conseguenza, bensì di tutti gli effetti e conseguenze, di tutto ciò di cui consta (va) la vita della (di quella determinata) vittima e che avrebbe continuato a dispiegarsi in tutti i molteplici effetti suoi propri se l'illecito non ne avesse causato la soppressione».

La ragione per la quale Scarano conferma la natura compensativa del risarcimento del danno da perdita del bene vita e la trasmissibilità *iure hereditatis* del relativo diritto di credito, in quanto non patrimoniale è il bene protetto (la vita), ma non il diritto al risarcimento della relativa lesione.

Con la sentenza n. 1361 del 23 gennaio 2014 in esame, la sezione terza della Suprema Corte di Cassazione ha affermato il principio secondo il quale deve ritenersi risarcibile *iure haereditario* il danno da perdita della vita che consegua immediatamente alle lesioni riportate a seguito di un incidente stradale.

Tale sentenza si pone in consapevole contrasto con la propria precedente giurisprudenza, più volte pronunciata in senso opposto in tale materia.

Nella specie, la pronuncia n. 6754/2011 di questa stessa sezione, così come (tra le tante) la Cassazione n. 2654 del 2012 e n. 13672 del 2010, tutte sulla scia di una risalente giurisprudenza delle Sezioni Unite, la n. 3475 del 1925, avevano sancito il principio di diritto della non risarcibilità *iure haereditatis* del danno da morte immediata. La decisione in questione invece, facendo proprio il pensiero di autorevole dottrina, ha dichiarato risarcibile, in quanto tale, il danno c.d. tanatologico.

Il contrasto giurisprudenziale così generatosi, e la peculiare rilevanza della questione induce, pertanto, il collegio a rimettere gli atti del procedimento al Primo Presidente affinché «valuti l'esigenza di investire le Sezioni unite di questa Corte, al fine di definire e precisare per imprescindibili ragioni di certezza del diritto il quadro della risarcibilità del danno non patrimoniale già delineato nel 2008, alla stregua degli ulteriori contributi di riflessione, tra loro discordanti, offerti dalla sezione semplice sul tema del diritto della risarcibilità *iure haereditario* del danno da morte immediata»³³⁷.

Segue: I CRITERI DI QUANTIFICAZIONE DELLA PERDITA DEL BENE VITA

³³⁷ Così Cassazione Civile Ord. n. 5056 del 4 marzo 2014

Per quanto concerne la quantificazione del danno da perdita del bene vita in favore della persona che appunto la perde, questo danno, così come il danno biologico terminale e il danno morale terminale, non è previsto dalle Tabelle di Milano³³⁸.

Il danno biologico terminale e il danno morale terminale o catastrofe sono stati quantificati 1) applicando il criterio liquidatorio equitativo c.d. "puro"³³⁹, ovvero, e più spesso, 2) usando come base le suddette tabelle milanesi, in origine dettate per il danno biologico, e procedendo alla relativa personalizzazione, tanto che si afferma in giurisprudenza: *"la quantificazione equitativa del danno terminale va operata tenendo conto delle caratteristiche peculiari di questo pregiudizio, consistenti nel fatto che si tratta di un danno alla salute che, sebbene temporaneo, è massimo nella sua entità ed intensità, sia che si applichi il criterio di liquidazione equitativa "puro" sia che si applichi il criterio di liquidazione tabellare, in quanto entrambi questi criteri di liquidazione sono legittimamente utilizzabili, purché vengano dal giudice adeguatamente "personalizzati" ovvero adeguati al caso*

³³⁸ Esse fissano i criteri per la liquidazione del danno biologico e hanno nel tempo assunto una "vocazione nazionale", in quanto recanti i parametri maggiormente idonei a tradurre il principio dell'equità valutativa, e ad evitare (o quantomeno ridurre) - al di là delle diversità delle condizioni economiche e sociali dei diversi contesti territoriali - ingiustificate disparità di trattamento che finiscano per tradursi in termini di violazione dell'art. 3, comma 2, Cost. La giurisprudenza di legittimità (di recente Cass. civ., 7 giugno 2011, n. 12408) le ha ritenute valido parametro di riferimento ai fini della valutazione equitativa ex art. 1226 c.c.

³³⁹ Cass., 21 marzo 2013, n. 7126; Cass n.2286/2012; Trib. Terni n. 156/2008.

*concreto*³⁴⁰. Inoltre successivamente la Suprema Corte afferma pure: «*il danno “tanatologico” o da morte avvenuta a breve distanza di tempo da lesioni personali, deve essere ricondotto nella dimensione dei danni morali e concorre alla liquidazione degli stessi da configurare in modo unitario ed onnicomprensivo, procedendosi alla personalizzazione della somma complessiva che tenga conto, perciò, anche della suddetta voce di danno, ove i danneggiati ne abbiano fatto specifica e motivata richiesta e sempre che le circostanze del caso concreto ne giustifichino la rilevanza*»³⁴¹.

Anche quando nella giurisprudenza di merito si è riconosciuta la risarcibilità della lesione del bene vita in sé considerata, per quanto riguarda la liquidazione dello stesso danno ci si è solitamente serviti del criterio tabellare, riferito a soggetto con invalidità del cento per cento. Il danno da perdita del diritto alla vita è infatti solitamente liquidato in base al danno biologico che sarebbe spettato alla vittima, se invece di morire, fosse rimasta in vita con un'invalidità del cento per cento; si tratta cioè di un risarcimento ancorato alla somma corrispondente al danno biologico da invalidità permanente calcolato in riferimento al

³⁴⁰ Così Cass. 16 maggio 2003 n. 7632.

³⁴¹ Così afferma la massima di Cass., 8 aprile 2010, n. 8360.

massimo grado di invalidità³⁴². Diversamente, altri giudici di merito hanno proceduto alla liquidazione del danno da perdita del bene vita, abbattendo del cinquanta per cento la somma individuata assumendo quale parametro di riferimento il *quantum* del danno biologico da invalidità permanente pari al cento per cento³⁴³.

Sempre nella giurisprudenza di merito, si è inoltre considerato idoneo parametro di liquidazione l'indennizzo contemplato dalla legge n. 497 del 1999 per i parenti delle vittime del disastro del Cermis³⁴⁴.

Al contrario, la Suprema Corte di Cassazione, salve le eccezionali aperture al danno tanatologico suddette, ha ribadito il suo orientamento da sempre contrario alla risarcibilità di un tale danno e tra i tradizionali argomenti a sostegno della sua tesi

³⁴² Facci G., *Il risarcimento del danno in caso di morte*, Padova, 1005, p. 888. Così Trib. Cassino, 8 aprile 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 1200, con nota di Bona, cit. supra; Trib. Massa Carrara, 16 dicembre 1997, in *Riv. giur. circ. e trasp.*, 2000, p. 122; Trib. Civitavecchia, 26 febbraio 1996, n. 76, in *Riv. circ. e trasp.*, 1996, 958; Trib. Venezia, 15 giugno 2009.

³⁴³ Ha liquidato il danno da perdita della vita sulla base della metà della somma che sarebbe spettata a titolo di danno biologico al *de cuius*, Trib. Vibo Valentia, 28 maggio 2001, in *Danno e resp.*, 2001, p. 1095 ed in *Foro it.*, 2001, I, c. 3198; in modo particolare l'organo giudicante ha sottolineato come una liquidazione rapportata ad una invalidità del cento per cento sarebbe idonea a compensare una "sofferenza permanente" del soggetto leso; nel caso di specie, invece, la funzione del risarcimento è essenzialmente preventiva e punitiva, con la conseguenza che il risarcimento del danno da perdita della vita, può essere liquidato con una somma inferiore rispetto a quella corrispondente a una invalidità del cento per cento; allo stesso modo il Trib. Santa Maria Capua Vetere, 14 gennaio 2003, in *Giur. it.*, 2004, 3 con nota di Bona.

³⁴⁴ LEGGE 21 dicembre 1999, n. 497: Disposizioni per la corresponsione di indennizzi relativi all'incidente della funivia del Cermis del 3 febbraio 1998 a Cavalese. (*GU n.305 del 30-12-1999*); Trib. Roma, 27 novembre 2008, in *Danno e resp.*, 2010, 533 ss.

negazionista, continua ad affermare l'impossibilità di quantificare il danno da perdita del bene vita³⁴⁵.

Nel 2013, fu proposto uno schema di Decreto del Presidente della Repubblica contenente un Regolamento di attuazione dell'art. 138 del Codice delle Assicurazioni, con il quale veniva delineata una tabella unica nazionale (TUN) idonea sia al il risarcimento delle menomazioni all'integrità psicofisica di lieve entità, sia di quelle comprese tra dieci e cento punti di invalidità. Gli ideatori di tale provvedimento intendevano consentire l'individuazione univoca, a livello nazionale, dei valori economici e medico-legali per la liquidazione del danno in sede assicurativa RC auto. Tuttavia, il D.P.R. in questione suscitò numerose - e fondate - critiche da parte di molti operatori del diritto che lo definirono "Decreto ammazza-risarcimenti", in quanto le somme indicate nella suddetta tabella unica risultavano eccessivamente inferiori rispetto a quelle delle tabelle milanesi, riducendo e declassando, in questo modo, il risarcimento al pari di un mero indennizzo. Per tali motivi la proposta rimase bloccata. Successivamente, il 28 maggio dello stesso anno, viene presentata alla Camera dei Deputati la Proposta di Legge n. 1063, dal titolo: "Modifiche al codice civile, alle disposizioni per la sua attuazione e al codice delle assicurazioni private, di cui al decreto

³⁴⁵ Così tra le tante, Cass., 16 maggio 2003, n. 7632, cit. supra.

legislativo 7 settembre 2005, n. 209, concernenti la determinazione e il risarcimento del danno non patrimoniale”, attualmente in esame in Commissione Giustizia. Tale proposta è diretta all’introduzione nel Codice Civile degli articoli 2059 bis (“Determinazione del danno non patrimoniale derivante da lesione del diritto alla salute”), 2059 ter (“Determinazione del danno non patrimoniale derivante da lesione di altri diritti”), e, tra le disposizioni di attuazione dello stesso Codice Civile, l’articolo 84 bis (“Determinazione del danno non patrimoniale”). Ai fini della quantificazione dei danni da lesione della salute, promuove l’applicazione delle suddette tabelle milanesi, unitamente ad un aumento equitativo “fino ad un massimo del cinquanta per cento”, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato, nell’ipotesi in cui la menomazione accertata incida in modo rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali. La proposta inoltre, vuole disciplinare il danno da perdita del congiunto, per la cui quantificazione ci si riferisce ancora alle tabelle milanesi, con un possibile aumento - anche in tal caso - fino al cinquanta per cento, e prevede una modifica degli articoli 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni.

L’articolo 84 bis, commi 2 e 3, introdurrebbe nel nostro ordinamento il danno tanatologico, e prevedrebbe, nell’ipotesi di

morte del danneggiato, la quantificazione del risarcimento del danno nella misura dell'ottanta per cento del danno non patrimoniale previsto dalle tabelle milanesi, quale parametro di riferimento idoneo a livello nazionale. L'obiettivo dei firmatari del disegno di legge è introdurre nel nostro ordinamento la figura del danno tanatologico, così da "mettere fine a ogni tipo di diatriba giurisprudenziale sulla configurabilità o meno di tale danno"; in particolare, "si metterebbe fine alla cavillosa individuazione, da parte dei giudici, di un tempo minimo, tra la lesione e la morte, per poter riconoscere un risarcimento al danneggiato".

Ciò al fine di superare il paradosso, che attualmente sussiste, "secondo cui il danneggiante che abbia lesa e ucciso nello stesso momento il danneggiato non è tenuto ad alcun risarcimento nei confronti di quest'ultimo: tale paradosso sarebbe completamente superato introducendo un evidente elemento di maggiore giustizia sociale".

Il riconoscimento, da parte dei firmatari del disegno di legge, della figura del danno tanatologico, appare in perfetta sintonia con l'orientamento espresso dalla Suprema Corte con la richiamata sentenza n. 1361/14, ma vi sono sostanziali differenze relativamente alla determinazione del *quantum* da risarcire e alle stesse modalità di risarcimento. Infatti mentre la proposta di

legge suddetta fa riferimento alle tabelle di Milano, limitando il quantum risarcitorio all'ottanta per cento del danno non patrimoniale, la sentenza Scarano, invece, riprende la dottrina che, sulla base dell'autonomia e della diversità del bene vita rispetto al bene salute ravvisa la necessità dell'individuazione di un sistema di quantificazione peculiare e specifico, "un sistema proprio esclusivamente del danno da perdita del diverso e altro bene vita", che sia differente rispetto quello già dettato per il danno biologico, costituito dalle tabelle milanesi. Il nuovo arresto della giurisprudenza di legittimità sostiene cioè che non può utilizzarsi una tabella creata per la quantificazione del risarcimento di un danno, quello alla salute, diverso dall'altro nella sua essenza.

La dottrina richiamata dalla sentenza Scarano ha rinvenuto il sistema di quantificazione *ad hoc* per il danno da perdita della vita nel criterio del rischio equivalente, elaborato dalla dottrina nordamericana. Esso però suscita perplessità in quanto, da un lato nella versione "soggettivistica" – la quale per la determinazione della somma dovuta si rifà all'indicazione, da parte della vittima stessa, «di quanto sarebbe disposta a pagare o ad accettare al fine di evitare o di sostenere il rischio

dell'illecito»³⁴⁶ - implica un rischio di “sovrastima” che ognuno può attribuire al valore della propria vita, e dall'altro nella versione “statistico-oggettiva”, la quale rimette a quanto una data collettività (ossia una categoria di lavoratori, abitanti di una certa area geografica, ecc.) pagherebbe al fine di diminuire le probabilità di morte di un soggetto, sconosciuto, che sia parte della stessa, implica un rischio di “indifferenza” verso la vittima e verso le specifiche circostanze del caso concreto. Si è pertanto ipotizzato di riferirsi a quest'ultimo criterio “correggendolo con riferimenti legati al caso di specie, quali l'età della vittima e, quando sussistano elementi idonei, il valore indicativo attribuito dal danneggiato alla propria vita (ad es., gli oneri assicurativi sopportati in proporzione alla sua capacità patrimoniale)”.

Ma dato che la vita in sé per sé non è economicamente valutabile in un determinato preciso ammontare, si riconosce alla vittima per la perdita del suo bene supremo un risarcimento che sia equo, nel significato contemplato dalla Suprema Corte di Cassazione³⁴⁷ e quindi non sembra adatta una soluzione di

³⁴⁶ Cass. civ. sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361.

³⁴⁷ Cass., 7 giugno 2011, n. 12408: “Nella liquidazione del danno biologico, quando manchino criteri stabiliti dalla legge, l'adozione della regola equitativa di cui all'art. 1226 cod. civ. deve garantire non solo una adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi, essendo intollerabile e non rispondente ad equità che danni identici possano essere liquidati in misura diversa sol perché esaminati da differenti Uffici giudiziari. Garantisce tale uniformità di trattamento il riferimento al criterio di liquidazione predisposto dal Tribunale di Milano, essendo esso già ampiamente diffuso sul territorio nazionale - e al quale la S.C., in applicazione dell'art. 3 Cost., riconosce la valenza, in linea generale, di parametro di conformità della valutazione equitativa del danno biologico alle disposizioni di cui agli artt. 1226 e 2056 cod. civ.

carattere puramente soggettivo, né la determinazione di un ammontare uguale per tutti, indipendentemente cioè dalla relativa personalizzazione da effettuarsi in base ad esempio all'età, alle condizioni di salute e alle speranze di vita futura, alle condizioni personali e familiari della vittima. Pertanto, la Cassazione 1361/2014 ritiene ammissibile qualunque modalità, qualunque sistema di liquidazione che consenta di pervenire ad una valutazione equa.

Come per la liquidazione del danno non patrimoniale, anche nel caso di danno da perdita della vita, la Sezione Terza ne rimette la valutazione equitativa al giudice di merito, come è rimessa alla sua prudente discrezionalità l'individuazione dei criteri di relativa valutazione. L'equità intesa come la giustizia del caso particolare sussiste solo se il ristoro è congruo in relazione alla natura, all'entità del danno inferto alla vittima, all'età della stessa, alle sue condizioni di vita personali e familiari, alle speranze di vita futura, all'attività svolta, affinché lo stesso sia prossimo all'integrale riparazione del torto subito, senza essere puramente simbolico o irrisorio o comunque non correlato

-, salvo che non sussistano in concreto circostanze idonee a giustificarne l'abbandono. L'applicazione di diverse tabelle, ancorché comportante liquidazione di entità inferiore a quella che sarebbe risultata sulla base dell'applicazione delle tabelle di Milano, può essere fatta valere, in sede di legittimità, come vizio di violazione di legge, solo in quanto la questione sia stata già posta nel giudizio di merito”.

all'effettiva natura o entità del danno³⁴⁸. Per questo una liquidazione equa, è una liquidazione congrua, adeguata e proporzionata. Sostanzialmente la Sezione Terza constata che l'orientamento consolidatosi finora in capo alla Corte di Cassazione non sembra in armonia con l'effettivo sentire sociale nell'attuale momento storico³⁴⁹.

La soluzione prospettata da Scarano nella sentenza in oggetto «segna un passo importante nella via che da tempo la giurisprudenza sta percorrendo verso la realizzazione di una piena garanzia giuridica dei diritti fondamentali della persona»³⁵⁰. Inoltre, non devono ricercarsi nuove categorie, sebbene debba tenersi presente la loro funzione meramente strumentale, la quale non può condizionare il procedimento interpretativo, ma, appunto, deve essere per gli interpreti un "ausilio". Infatti, la sentenza, condividendo sotto tale profilo la tesi di Lipari, statuisce che: «le categorie dogmatiche create e poste dagli interpreti a base dell'argomentare non possono

³⁴⁸ Cass. 1391/2013; Cass. 9231/2013; Cass.n.1139/2006; Cass., n.392/2007; Cass., n.394/2007; Cass., n. 11402/2011.

³⁴⁹ Scalfi, *L'uomo, la morte e la famiglia*, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, 982, pur aderendo alla tesi dell'irrisarcibilità del danno da morte, aveva rilevato che: "il sistema è orientato dall'opera degli interpreti (giudici di merito, giudici che controllano che controllano il rispetto del diritto da quelli applicato, giudici della costituzionalità delle leggi) alla affermazione di una regola generale che prevede il diritto della persona, ingiustamente pregiudicata dall'azione colpevole degli altri, ad ottenere il risarcimento per la perdita o per la diminuzione subita in ordine a qualsiasi suo interesse protetto (sulle cose, o inerente alla persona: sia esso *diritto* del soggetto o semplice suo *interesse*)".

³⁵⁰ Bianca, *Danno non patrimoniale da perdita della vita: il rinvio alle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 502

divenire delle “gabbie interpretative” di cui risulti impossibile liberarsi anche quando conducano ad un risultato interpretativo non rispondente o addirittura in contrasto con il prevalente sentire sociale, in un determinato momento storico». Difatti, è senza dubbio l'esigenza di giustizia quella che si ignora quando si nega la tutela civile, (sebbene penalmente protetto), al bene vita, il bene supremo dell'uomo, oggetto di un diritto assoluto e inviolabile che tutti gli altri presuppone. Ecco che proprio le considerazioni in termini di giustizia spingono a rimeditare le tradizionali posizioni, sottolineando che la reazione che si ferma solo sul piano della reazione pubblicistica (volta a inibire le azioni di violazione e non a realizzare l'interesse primario leso) è forse inappagante. La fattispecie non è un riferimento insuperabile, il concetto non è un riferimento insuperabile, sono i valori i riferimenti stabili. Bisogna capire quali valori l'ordinamento voglia realizzare e nel fare ciò l'interprete può “riconcettualizzare”, rielaborare la fattispecie entro limiti di legittimità. I concetti devono servire a razionalizzare, non a portare a paradossi: perciò, quando un concetto impedisce di arrivare a una soluzione che il sentire comune avverte come ragionevole, ma al contrario conduce a risultati che quest'ultimo considera aberranti, tanto da rendere più vantaggioso “finire una persona piuttosto che soccorrerlo”, evidentemente il concetto va

“adattato”. Questo sforzo di logica argomentativa consente di individuare la soluzione più opportuna e quindi più rispondente ai valori attuali, in un bilanciamento costante con il vincolo della logica formale, incentrata su concetti giuridici, quali quello della capacità giuridica, il tecnicismo danno-evento/ danno-conseguenza. Se la pura applicazione di tali schemi concettuali non consente di cogliere la vera sensibilità attuale bisogna realizzare il temperamento necessario tra la logica argomentativa dei valori e quella formale dei concetti.

Se in base al sentire comune “è opportuno” arrivare a quel risultato, ossia “tutelare il bene vita”, arrivare quindi a un’idea di risarcibilità dello stesso, si devono trovare espedienti che senza stravolgere radicalmente le categorie, nella “logica interna” delle stesse comunque raggiungano il risultato suddetto. La sentenza infatti non contesta il principio di diritto desunto dalle Sezioni Unite del 2008, ossia quello della irrisarcibilità del danno-evento, ma si adatta allo stesso, sostenendo che esso deve, come ogni regola, ammettere delle eccezioni. Pertanto, l’espediente che la sentenza 1361/2014 ha “escogitato” è quello dell’eccezione ad un tal principio di diritto. E nel danno da perdita del bene vita si ravvisa proprio “un’imprescindibile eccezione”, da giustificarsi in virtù della sua eccezionale ed esclusiva essenza, tale per cui la perdita della vita a causa di morte, si risolve nella perdita di tutto

ciò che la vita racchiudeva, ossia «alla morte il mondo non si àltera, ma termina»³⁵¹. È per questo che non si tratta di accertare quali conseguenze siano derivate dal danno-evento, costituito dalla morte, poiché questa pone termine alla vita della persona, «escludendo qualsiasi effetto ulteriore in cui la vita avrebbe potuto dispiegarsi. È quindi nella perdita della vita che si consuma il danno sofferto dalla vittima»³⁵², come infatti la stessa sentenza in esame afferma: «la perdita della vita va in realtà propriamente valutata *ex ante* e non già *ex post* rispetto all'evento che la determina».

Autorevole dottrina ritiene che l'argomentazione della sentenza Scarano trova conferma in un'altra "eccezione", quella cioè che la giurisprudenza ha rinvenuto nel danno biologico.

«È infatti certo che i nostri giudici riconoscono il diritto al risarcimento del danno alla persona per il fatto stesso di avere subito una lesione alla sua integrità psicofisica. La plausibile distinzione che si fa tra salute e vita non toglie che si tratta di beni essenziali della persona e che nessuna valida giustificazione può essere addotta per accordare il risarcimento del danno in presenza del fatto stesso della lesione alla salute e negarlo in presenza del fatto stesso della lesione mortale. E dunque: come il

³⁵¹ Wittgenstein, in *Tractatus logico-philosophicus*, Einaudi, 1998, 107.

³⁵² Bianca, *Danno non patrimoniale da perdita della vita: il rinvio alle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 499.

fatto... di subire una lesione che causa la perdita della salute dà luogo al diritto al risarcimento del danno, allo stesso modo, coerentemente, deve dar luogo al diritto al risarcimento del danno la lesione che causa la perdita della vita»³⁵³. Sostenendo ciò, si supera anche l'altra tradizionale obiezione: la persona uccisa non può subire, "soffrire", un danno ingiusto, in quanto i defunti non hanno capacità giuridica; e ciò perché la persona quando subisce la lesione mortale è viva, e pertanto è la persona vivente che soffre il danno ingiusto, causato dalla lesione mortale. Inoltre, emerge chiaramente come la sentenza in esame confermi la dottrina del passato, ossia la sua visione del danno da morte come lesione del diritto alla vita. Infatti, proprio un secolo prima della pubblicazione della sentenza Scarano, veniva pubblicato il noto saggio di Carnelutti³⁵⁴, che, così come tante altre autorevoli voci della dottrina, riconobbe la risarcibilità del danno da morte, identificandolo con la lesione del diritto alla vita, o meglio usando le parole dell'autore, "del diritto alla conservazione della propria vita". L'omaggio a Carnelutti alla luce della sentenza Scarano può farsi tenendo conto del fatto che l'Autore ha intuito il percorso logico della Terza Sezione, sebbene stilizzando schemi del 1914.

³⁵³ Bianca, *Danno non patrimoniale da perdita della vita: il rinvio alle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 499.

³⁵⁴ Carnelutti, *Natura del diritto dei superstiti nella legge degli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, I, 402 ss.

Innanzitutto, anche senza contestare il principio di diritto delle Sezioni Unite, ma ammettendo la risarcibilità del danno-evento nel solo caso di specie, quale eccezione a una regola che si conferma, la sentenza 1361/2014 sostanzialmente torna nel punto da cui Carnelutti partiva: l'equazione lesione dell'interesse = danno: «il primo elemento da avere sott'occhio – affermava infatti l'Autore - è il diritto, la cui violazione costituisce la illiceità dell'atto e obbliga a ripararne le conseguenze [...] Se non ci fosse il diritto all'integrità del corpo umano, e se l'uccisione non ne costituisse un'offesa, non ci sarebbe neppure il diritto al risarcimento per la uccisione; il diritto al risarcimento nasce infatti dal rapporto giuridico (assoluto) costituito per la tutela dell'integrità del corpo umano o della conservazione della vita individuale, e “di questo è una sequela o una germinazione, in perfetta analogia, sotto il profilo della connessione genetica, col diritto sul frutto separato dalla cosa in rapporto al diritto di proprietà sulla cosa»³⁵⁵.

Altro punto comune sta nel non reputare necessario, per l'esistenza di un diritto, che sia vivo il soggetto al quale quel diritto spetta in quel momento, in quanto rimane sempre il suo interesse a beneficiare i propri eredi, perché successori della

³⁵⁵ Carnelutti, *Natura del diritto dei superstiti nella legge degli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, I, 402 ss.

vittima, parti della sua famiglia o comunque dalla stessa vittima designati a succedere nel suo patrimonio: “perché non si può avere diritto a una prestazione dipendente dalla propria morte? – sosteneva l’Autore - La ragione non può essere che questa perché trattasi di un diritto la cui realizzazione non può succedere durante la vita del titolare. Non ne vedo altre. Ma allora domando: “è condizione per la esistenza di un diritto che questo si possa realizzare essendo vivo colui cui spetta attualmente? Io non credo [...] poniamo che la prestazione futura (*post mortem*) non abbia per il titolare alcun valore presente, resta sempre il suo interesse (morale o altruistico) a che la prestazione sia eseguita in favore dell’erede o di altra determinata persona. Perché questo interesse non può formare il midollo di un diritto? Manifestamente un ostacolo vi può essere solo in uno stadio involuto dell’ordine giuridico, quando la tutela si limita agli interessi più immediati e materiali: ma deve sparir man mano che l’ordine giuridico si eleva e si affina”³⁵⁶. In questo modo è rispettata per giunta la funzione del rimedio privatistico, ossia del risarcimento, che differisce sostanzialmente dagli strumenti pubblicistici del diritto penale, in quanto diversamente da questi avvantaggia il titolare del diritto. Ecco rispettata così la funzione

³⁵⁶ Carnelutti, *Natura del diritto dei superstiti nella legge degli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, I, 402 ss.

compensativa del risarcimento, senza cadere nei “*punitive damages*”.

Inoltre, Carnelutti e la stessa Terza sezione si sono rispettivamente contrapposti, innovando, alla *communis opinio*, dottrina e giurisprudenziale dei rispettivi tempi.

In ogni caso, al di là degli argomenti che possano essere addotti contro o a favore della risarcibilità del danno tanatologico, si sostiene che tale “sentenza merita comunque piena adesione per avere dato risposta a un’istanza di giustizia avvertita dalla coscienza sociale del nostro tempo, che non può più giustificare una negata tutela risarcitoria del bene supremo della vita. [...] La ragione determinante per la quale la sentenza della Terza Sezione va approvata, è che essa propone un’interpretazione costituzionalmente orientata, intesa alla piena tutela civile della persona”³⁵⁷. In replica all’obiezione per la quale dovrebbe a tal fine essere sufficiente la tutela penale, si risponde che la tutela penale stessa esige quella risarcitoria (art. 185 c.p.), che vuole negarsi alla vita. Senza contare che spesso l’uccisione potrebbe non integrare un reato.

Accanto a ragioni di giustizia sostanziale, è l’efficienza sul piano dell’allocazione delle risorse a reclamare che il carico,

³⁵⁷ Bianca, *Danno non patrimoniale da perdita della vita: il rinvio alle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 499.

quantomeno “economico”, del danno arrecato gravi sull'autore dell'illecito. La risorsa, rappresentata dal bene della vita, non solo viene perduta, ma è come se l'autore “lucrasse” il fatto di essere stato negligente, di aver agito con dolo..., in quanto il valore economico invece di andare nel patrimonio di chi ha subito la lesione, compensando in qualche modo la perdita, resta in quello del danneggiante, da ciò il famigerato paradosso: è meglio (da un punto di vista economico) uccidere, che ferire, risultando ancora una volta inappagante la tutela pubblicistica.

3) LE REAZIONI ALLA CONFIGURABILITÀ DELLA PERDITA DELLA VITA COME DANNO-EVENTO

C'è chi³⁵⁸ tuttavia, non è convinto molto dal percorso seguito dalla sentenza della Terza Sezione, pur condividendone i risultati; l'esito, si dice, sembra raggiungersi troppo intuitivamente («rimorde alla coscienza sociale», dice la Suprema Corte). A far dubitare è nella specie la deroga al principio della risarcibilità dei soli danni-conseguenza e la configurazione in termini di danno-evento del pregiudizio. Una tale configurazione «è quanto di più lontano ci possa essere

³⁵⁸ Cendon-Sapone, *Verso un a nuova stagione (esistenzialista) del diritto privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 247 ss.

dall'aderenza alle peculiarità del caso concreto»³⁵⁹. Suscita perplessità l'adozione di una tale configurazione in una sentenza che tanto spazio dedica all'equità, intesa quale adeguatezza alle circostanze del caso concreto e proporzione. «Il danno-evento è lesione del diritto; e il diritto è uguale per tutti i titolari. Ciò che è differente è l'impatto della lesione del diritto sulla vita di ciascun danneggiato, perché uno stesso diritto può avere significato molto diverso sull'esistenza di ciascuna persona, perché diversa è la vita di ognuno. Il danno-conseguenza altro non è che la risultante di tale impatto, tra lesione del diritto (uguale per tutti) e vita (diversa per ciascuno)»³⁶⁰. Nell'ottica del danno-evento invece, non c'è un impatto da accertare, dal momento che tutto si consuma con la lesione della situazione giuridica tutelata, il che vuol dire che il danno da perdita della vita, costruito quale danno-evento, è necessariamente uguale per tutti: per chi sarebbe vissuto altri 50 anni e per chi sarebbe vissuto un'altra sola settimana, ad esempio se affetto da una malattia terminale. Per comprendere la differenza tra l'approccio eventista e quello consequenzialista ci si può rifare a degli esempi in tema di danno biologico, quello cioè della «rottura di un dente destinato di lì a poco ad essere estirpato dal (costoso) dentista; e poi quello della

³⁵⁹ ³⁵⁹ Cendon-Sapone, *Verso un a nuova stagione (esistenzialista) del diritto privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 247 ss.

³⁶⁰ Cendon-Sapone, *Verso un a nuova stagione (esistenzialista) del diritto privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 247 ss.

frattura di un arto destinato ad essere frantumato dal medico ortopedico nell'ambito di una terapia ossea che attende di lì a poco il danneggiato»³⁶¹. In tali casi – a detta della Suprema Corte – non si ravvisa alcuna conseguenza dannosa. Applicando la logica sottesa a tali esempi al danno da perdita della vita, emerge che l'impostazione consequenzialista consente di distinguere un caso dall'altro; «possiede quindi un coefficiente di flessibilità e capacità di aderenza alla variegata realtà di cui l'approccio eventista è per definizione privo. L'approccio consequenzialista è quindi dotato di una capacità equitativa, se così si può dire, di gran lunga superiore all'approccio eventista»³⁶². Pertanto, non sembra coerente la pronuncia nella parte in cui afferma l'inidoneità di una determinazione uguale per tutti, senza personalizzazione, e poi prevede una deroga al principio dell'irrisarcibilità del danno-evento. Quello che tale dottrina ritiene è che il riconoscimento della risarcibilità del danno tanatologico deve avvenire nel rispetto del principio della risarcibilità dei soli danni-conseguenza, «adattando la nozione di danni-conseguenza alla particolarità della fattispecie»³⁶³. Il danno è un peggioramento rispetto uno *status quo ante*, è la

³⁶¹ Così in Cass., 3 ottobre 2013, n. 22585, in Foro it., 2013, 3442.

³⁶² Cendon-Sapone, *Verso un a nuova stagione (esistenzialista) del diritto privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 247 ss.

³⁶³ *Id.*, *ibidem*.

privazione di un valore. Una tale privazione si evidenzia raffrontando ciò che è e ciò che sarebbe stato senza l'illecito. Ci si domanda se questo tipo di ragionamento possa valere anche per il danno da morte. Qualora la risposta sia affermativa, allora il danno da perdita della vita è risarcibile; al contrario, non lo è. «Si tratta di vedere se anche dopo la morte è possibile comparare ciò che è (la non vita) e ciò che sarebbe stato senza l'illecito. C'è sempre uno sdoppiamento tra due sequenze parallele. Vite parallele sono anche quelle che si confrontano nel danno da perdita della vita; solo che in questo caso il parallelismo si instaura tra una vita più breve – quella effettiva – e una più lunga, quella che sarebbe stata senza l'illecito. Accade controfattualmente – come in ogni tipo di danni – qualcosa che non è e che sarebbe stato. Dal punto di vista delle conseguenze, la differenza tra la non-vita e il danno biologico massimo o il danno esistenziale massimo non è così notevole. Invece tale differenza sembra notevolissima se si ragiona in termini di evento, in quanto nel danno-evento il diritto è colto nella sua pienezza e purezza. Esso è lesione di un diritto aprioristicamente e astrattamente considerato. «E il diritto alla vita, astrattamente considerato, è il diritto supremo, come afferma la pronuncia del 23.1.1014, secondo cui infatti la perdita della vita va valutata *ex ante e non ex post*». Al contrario, nell'ottica consequenzialista la

valutazione va fatta *ex post*. Ed è in quel momento che ci si rende conto che la conseguenza dannosa della lesione del diritto alla vita è il non poter fare ciò che la vita avrebbe consentito di fare. «Insomma, la perdita della vita, in ottica consequenzialista, non è pregiudizio molto diverso dal non poter fare che sostanzia il danno biologico massimo o il danno esistenziale massimo»³⁶⁴. Se si guardano i diritti dal punto di vista delle conseguenze, essi sono strumenti, e nella specie, nel danno non patrimoniale, sono strumenti di benessere, strumenti di vita buona. Pertanto, anche il diritto alla vita lo è, o meglio, è lo strumento degli strumenti, poiché non c'è la vita buona senza vita; in ogni caso esso è uno strumento alla stregua degli altri diritti. La pronuncia 1361/2014 a ragionando in termini di danno-evento, accentua la diversità tra danno da perdita della vita e danno biologico. Probabilmente la Suprema Corte ragiona in tali termini perché è legata ad un'accezione di danno ancora «troppo connotata in senso emotivo»³⁶⁵, se cioè concepisce il danno come una sensazione, non può ravvisarlo dopo la morte. Il defunto non può soffrire e perciò non è ipotizzabile un danno. Ma se questo ragionamento vale per il danno morale che consiste nella sofferenza interiore, non deve necessariamente valere anche per l'aspetto oggettivo

³⁶⁴ Id., *ibidem*.

³⁶⁵ Id., *ibidem*.

del danno, limitatamente al quale il danno non è altro che diminuzione o privazione oggettiva di un valore. «E se questo valore vale intrinsecamente, il danno rimane tale indipendentemente dalla sensazione e dunque dalla sussistenza di un soggetto in grado di provare la sensazione stessa»³⁶⁶. È forse proprio questo il nodo da sciogliere; secondo questa dottrina, l'iter logico da seguire non è quello che giunge ad ammettere una “imprescindibile eccezione” al principio di diritto del danno-conseguenza, ma «quello che spinge all'estremo l'oggettivizzazione della nozione di danno-conseguenza»³⁶⁷. In ogni caso, ci si troverà sempre a un passo dal paradosso, come quello del frammento di Eraclito: «Immortali mortali, mortali immortali, viventi la loro morte e morienti la loro vita».

4) GLI ORIENTAMENTI EUROPEI: LA GIURISPRUDENZA DELLA CEDU

Sembra, inoltre, che le valutazioni della Suprema Corte trovino il loro sostrato nell'art. 2, comma 1 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, la quale tutela espressamente il diritto alla vita di ogni persona; negli artt. 8 e 12, in base ai quali ogni persona ha il diritto al rispetto della vita privata e familiare; nell'art. 1 della

³⁶⁶ Id., *ibidem*.

³⁶⁷ Id., *ibidem*.

Carta di Nizza, contenuta nel Trattato di Lisbona, ratificato dall'Italia con legge 190 del 2008, in base al quale la dignità umana ha la sua massima espressione nell'integrità morale e biologica.

Ma il più forte segnale a tutela della vita proviene dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, che ha riconosciuto (*iure successionis*) il diritto dell'erede al risarcimento del danno subito dal defunto a causa della sua uccisione, nonostante la morte fosse avvenuta immediatamente.

Dalle norme della CEDU così come interpretate dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, si evince che il diritto alla vita è una posizione giuridica soggettiva tutelata in sé e per sé, indipendentemente dal lasso di tempo che intercorre tra il fatto dannoso e la morte. Come è noto, la giurisprudenza costante ritiene che le norme della CEDU, nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, sono "norme interposte", che integrano il parametro costituzionale, pur rimanendo sempre ad un livello sub-costituzionale .

Le norme CEDU hanno sostanzialmente un duplice ruolo: da un lato costituiscono parametro interposto per vagliare la legittimità costituzionale delle norme interne; dall'altro rappresentano un criterio per l'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme interne.

Se questo è il ruolo della CEDU e delle sue norme, nell'ipotesi in cui una posizione soggettiva, quale il diritto alla vita, viene garantita dalla CEDU in modo "incondizionato" (secondo l'interpretazione che ne dà la Corte Europea dei diritti dell'Uomo) integra una lettura costituzionalmente orientata dell'attuale sistema risarcitorio quella che riconosce, senza limiti, il risarcimento del danno da perdita della vita.

Inoltre la pronuncia della Terza Sezione si inserisce in un contesto europeo che, sebbene in un primo tempo ostile, è ora sempre più aperto alla tutela risarcitoria della vita in quanto tale.

CAPITOLO III

RISARCIBILITÀ DEL DANNO DA MORTE E PERDITA DELLA CAPACITÀ GIURIDICA

1) L'EVENTO DELLA MORTE E LA PERDITA DELLA CAPACITÀ GIURIDICA

Elemento costitutivo, "imprescindibile," della fattispecie integrante il danno tanatologico, o da perdita della vita, è la morte, che, per consolidata opinione, segnando la fine della persona fisica, ne determina l'estinzione anche della capacità giuridica, consistente nella «attitudine ad essere titolari di diritti

e di doveri, fin dal momento della nascita, intesa come separazione del feto dal corpo materno»³⁶⁸. “La morte, infatti, secondo l’insegnamento classico, determina l’estinguersi della soggettività e, quindi, della capacità di diritto, con conseguente dissoluzione delle prerogative che alla qualità di soggetto si legherebbero”³⁶⁹.

Nella stessa nozione di danno da “morte” non sono palesemente ricompresi tutti quei danni che, invece, hanno “convissuto” con la vittima, per un determinato lasso di tempo protrattosi tra la lesione e la morte stessa, in quanto tali presupponenti la “vita” e pertanto integranti un diverso aspetto di danno non patrimoniale, ossia il danno biologico. Se questa è l’ineludibile premessa, non serve, al fine di ammettere la risarcibilità del danno da morte immediata, sostenere che “al momento della lesione mortale la medesima è ancora in vita, ed è in tale momento che acquista il diritto al risarcimento”³⁷⁰, adducendo a

³⁶⁸ Nuzzo M., *Introduzione alle scienze giuridiche. Norme – Soggetti – Attività*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 147 ss.

³⁶⁹ Così Nannini, *Valori della persona e definizione legale di morte*, Padova, 1997, p. 9-10; sul punto la dottrina civilistica è per lo più unanime: tar gli altri, Falzea, voce *Capacità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p.8 ss., *ivi* alla p. 34; Sgroi, voce *Morte (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 103 ss., *ivi* alla p. 104; Bianca, *Diritto civile, 1, La norma giuridica – I soggetti*, Milano, 1990, pp. 203-204. La tesi è inoltre conforme agli esiti conseguiti, nel secolo decimonono, dalla Pandettistica, così come espressi da uno dei suoi più autorevoli esponenti: “La morte, come fine della capacità giuridica naturale, è un fenomeno così semplice, che non rende necessaria, come quello della nascita, una ulteriore determinazione dei suoi elementi” (F. Von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it., Torino, 1888, II, p. 17.)

³⁷⁰ Bianca, *Il danno da perdita della vita*, in *Vita not.*, 2012, p. 1497 ss.; *id.*, *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della Cassazione attesa da tempo, (dedicato alla memoria di*

tal fine il brocardo latino *momentum mortis vitae tribuitur*³⁷¹, poiché, come autorevole dottrina afferma, «... la morte, se è morte, non può essere nella vita»³⁷². Allo stesso modo si esprime la Cassazione in tempi recenti: “Del tutto improduttive, si palesano le disquisizioni sul se la morte faccia parte della vita o se, contrassegnando la sua fine, sia alla stessa estranea”³⁷³.

Pertanto, appellarsi alla circostanza che «la morte cerebrale³⁷⁴ non è mai immediata»³⁷⁵, non serve a scalfire il “solidificato”

Francesco Galgano), in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 493 e ss.; Cass. civ. sez.III, 23 gennaio 2014, n. 1361.

³⁷¹ De Cupis ritiene, come visto, che il momento della morte sia da imputare «alla vita del morto e non al suo stato di morto», in *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, III ed., vol. II, p. 125

³⁷² Cariota-Ferrara, op. cit. *supra*, pag. 136.

³⁷³ Così Cass., 24/3/2011, n. 675; Cass., 16/5/2003, n. 7632.

³⁷⁴ Nannini, *Valori della persona e definizione legale di morte*, Padova, 1997, p. 39 ss.: che secondo la concezione “nuova”, sostiene che la morte coincida con la “verifica della irreversibile cessazione delle funzioni dell’encefalo”. Il «momento» della morte è tema di dibattito che vede impegnati i giuristi assieme ai cultori delle altre discipline. Tre raccolte provenienti dalla letteratura inglese sono: J. Katz, *Experimentation with Human Beings*, Russell Sage Foundation, New York, 1972, e in particolare il cap. 14, 1053 ss. (*Experimentation with Dying Subjects*); *Biomedical Ethics and the Law*, New York-London, 1976, ed in particolare 423 ss., quinta parte (*Dying*); *The Dying Human*, Tel Aviv, 1979, dove alla morte sono specificamente dedicate 195 ss. Tra i contributi degli ultimi anni R. M. Veatch, *Death, Dying and Biological Revolution*, New Haven 1989, specialmente capp. 1 e 2; D. Lamb, *Il confine della vita*, trad. it., Bologna, 1987. Dalla dottrina italiana debbono segnalarsi — anche per l’esauriente conoscenza dei dati medico-legali e di Carte, dichiarazioni e documenti internazionali, di carattere giuridico e deontologico — il libro di F. Mantovani, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, e Id., «Morte (generalità)», in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 82. Il rifiuto e l’inopportunità di rigidi criteri traspaiono già dal titolo di P. L. Ricci, *Libertà metodologiche sull’accertamento della morte*, in *Zacchia*, 1978, 331. Più recentemente A. De Cupis, *La morte umana e il diritto*, GI, 1987, IV, 245; R. Cecchi, *Unicità del concetto di morte: orientamenti etici, deontologici e legislativi*, GP, 1991, I, 274.

Le connessioni tra il problema del momento della morte, i trapianti da un lato e l’obbligo di garantire la sopravvivenza del soggetto dall’altro, risaltano nel saggio di I. Mc Coll Kennedy, *Alive or dead? The Lawyer’s view*, in *22 Curr. Leg. Problems*, 1969, 102.

³⁷⁵ Proprio questo argomento, come visto, fu addotto dalla Cass., 12 luglio 2006, n. 15760, in *Danno resp.*, 2006, p. 644 ss., al fine di riconoscere la risarcibilità del danno da perdita della vita: «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

argomento della perdita della capacità giuridica, poiché, se la morte non è immediata, si è ancora in attesa della realizzazione di uno degli elementi essenziali della fattispecie: in attesa, cioè, della morte dalla quale conseguirà il danno cui s'intende porre rimedio.

Fin dal 1925, le Sezioni Unite³⁷⁶ affermavano (finisce per mancare un altro elemento costitutivo della fattispecie risarcitoria, “il soggetto di diritto titolare del bene leso”): “... Ma se tali danni, in quanto derivanti dalla morte, non possono logicamente non essere a questa successivi; è evidentemente assurda la concezione, rispetto ad essi, di un soggetto originario di diritto che più non esisteva quando i medesimi si verificarono. [...] i danni, ... entrano e possono logicamente entrare nel patrimonio del lesionato solo in quanto e fin quando il medesimo sia in vita. Questo spentosi, cessa anche la capacità di acquistare che presuppone appunto e necessariamente l'esistenza di un subietto di diritto. Onde, in rapporto alla persona del lesionato, come subietto dell'azione di danni, questi restano senz'altro confinati nell'ambito dei danni verificatisi dal momento della

cessazione dell'attività elettrica di tali cellule. La morte cerebrale non è mai immediata, con due eccezioni: la decapitazione o lo spapolamento 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».

³⁷⁶Cass. Sez. Unite 22 dicembre 1925, n. 34375, in *Giur. it.*, 1926, I, 1, c. 224.

lesione a quello della morte, ed è solo rispetto ad essi che gli eredi possono agire *iure hereditatis*".

Se ne deduce che, a prescindere dalla veste giuridica che voglia attribuirsi al danno risarcibile, sia quale danno-evento, sia quale danno-conseguenza, in ogni caso rimane l'ostacolo, l'argomento "più forte"³⁷⁷ contro la risarcibilità del danno da perdita della vita resta sempre la perdita della capacità giuridica. L'indirizzo in questione, per lo più unanime, che ha avuto il suo incipit con le Sezioni Unite del 1925, come si è visto, è rimasto tale fino ai nostri giorni: così la Consulta nel 1994 afferma che la morte immediata non è invero una "perdita" a carico della persona offesa, in quanto quest'ultima è "non più in vita"³⁷⁸; «la vita, - si dice - la cui perdita, per il definitivo venir meno del soggetto, non può tradursi nel contestuale acquisto al patrimonio della vittima di un corrispondente diritto al risarcimento, trasferibile agli eredi [...] e la conseguente impossibilità che, con riguardo alla lesione di un bene intrinsecamente connesso alla persona del suo titolare e da questi fruibile solo in natura, esso operi quando tale persona abbia cessato di esistere»³⁷⁹.

³⁷⁷ Così lo ha definito il Presidente M.R. Morelli nel suo intervento al seminario dal titolo "*Perdita della vita e risarcimento del danno*", svoltosi il 17 ottobre 2012 nell'Aula Magna del palazzo della Corte di cassazione.

³⁷⁸ così Corte Cost., 27 ottobre 1994, n. 372.

³⁷⁹ Cass., 25/2/1997, n. 1704, e, conformemente, Cass., 30/6/1998, n. 6404;

Non è allora “giuridicamente concepibile”, si sostiene, che dal soggetto che muore venga acquisito un diritto derivante dal fatto stesso della sua morte, in quanto “chi non è più non può acquistare un diritto che gli deriverebbe dal non essere più”³⁸⁰. Un tale argomento è stato più di recente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità³⁸¹.

Partendo da questo consolidato “pregiudizio” secondo cui nel caso di morte immediata, ossia contemporanea alla lesione mortale, la vittima non può acquisire il diritto al risarcimento, avendo perduto, unitamente alla vita, la capacità giuridica, l’unica via percorribile al fine di spiegare l’esercizio del diritto al risarcimento da parte degli eredi del *de cuius*, resta quella *iure proprio*, affermando cioè che gli eredi o i congiunti, se diversi da questi ultimi, facciano valere un proprio diritto “originario” al risarcimento del danno da loro direttamente subito, e non *iure hereditario*, ossia in qualità di eredi della vittima, agenti perché venga loro devoluto il risarcimento del danno subito dal *de cuius*.

Cass., 25/2/2000, n. 2134; Cass., 2/4/2001, n. 4783; Cass., 30/7/2002, n. 11255; Cass., 23/2/2005, n. 3766; Cass., 2/7/2010, n. 15706).

³⁸⁰ Cass., 24/3/2011, n. 6754. È l’argomento recepito dalla dottrina tedesca: ad esempio, l’ampio saggio di Hans Stoll, *Der Tod als Schadenfall*, in Zenion, *Festschrift für Zepos*, II, Athen, 1973, 689, il quale, partendo dalla premessa che la morte impedisce alla vittima di acquistare il diritto al risarcimento del danno, esclude che l’erede possa pretendere ciò che non spettava al defunto nel momento della morte, perché altrimenti l’erede si arricchirebbe ingiustamente conseguendo più di quanto facesse parte del patrimonio del *de cuius*.

³⁸¹ Da ultimo, Cass., 17/7/2012, n. 12236.

Questa “invenzione”, o meglio questa “soluzione di compromesso”, di fronte al “solido” concetto della perdita della capacità giuridica, era l’orientamento dominante e ed è rimasto per lo più unanime fino ai nostri giorni³⁸².

Non a caso autorevole dottrina afferma, anche se dal punto di vista del danno alla salute, che: “Sono le difficoltà... connesse con la soluzione successoria a suggerire l’idea di un danno cagionato dalla morte del congiunto alla salute degli stessi familiari, un danno risarcibile allora *iure proprio*. ... però queste due direttrici lungo le quali il danno alla salute con esito mortale è stato avviato non sono alternative...: esse sono concorrenti, perché riguardano due diversi diritti alla salute, quello del defunto e quello dei superstiti, rispetto a ciascuno dei quali è lecito porsi la domanda se si verifichi una lesione giuridicamente rilevante e se ne nasca un diritto al relativo risarcimento”³⁸³.

Allora ci si chiede se la morte, determinando, secondo l’orientamento prevalente, il venir meno della capacità giuridica, e, ancor prima dello stesso soggetto di diritto, esclude che ci possano essere altri diritti riferiti anche al defunto e che possano essere fatti valere dagli eredi, in tale veste e non *iure proprio*?

³⁸² Orientamento che trova un preciso parallelo nel diritto francese: G.Viney, La responsabilité: conditions, in *Traité de droit civil*, dir. da J. GHestin, Paris,

³⁸³ Castronovo, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1998, pag. 169.

Può ritenersi che residuino dei diritti azionabili *post mortem*?

Può residuare una capacità giuridica, se pure “limitata”, dopo la morte, ossia può esservi una sorta di “ultrattività” della capacità giuridica?

L'apparentemente “insormontabile” ostacolo concettuale dinnanzi al quale, come detto, si è finora arrestato il giurista in materia di danno tanatologico consiste nella circostanza per cui il titolare del bene giuridico irreparabilmente leso, “la vita”, “non ha più la capacità giuridica, anzi non è più un soggetto giuridico, essendo venuto a mancare”³⁸⁴.

Occorre preliminarmente delineare il “concetto” della capacità giuridica. Fin dall'epoca romana, «con *capax* s'indicava, in tema di successioni, chi potesse prendere (*capere*) un'eredità, un legato, un fidecommesso»³⁸⁵. Tuttavia, ai romani era ignota la concezione della capacità giuridica quale «posizione generale del soggetto nell'ambito dell'ordinamento giuridico, posizione cui ricollegare l'insieme delle attività poste in essere dall'uomo nel mondo del diritto e soprattutto gli effetti che da un siffatto agire

³⁸⁴ Napoli G.E., *Problematiche connesse al risarcimento del danno a favore dei congiunti della vittima*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2012, p. 1120. L'Autore parla di “soggettività” e “capacità giuridica” come di ostacoli non insormontabili.

³⁸⁵ In tal senso, tra i tanti: Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, XII ed., Napoli, 1954, p. 43; Kaser, *Das romische Privatrecht*, I, 2. Aufl. Munchen, 1971, p. 270 ss.; Burdese, voce *Capacità (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 1 e Sciascia, voce *Capacità giuridica (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 870; Stanzione P., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, Jovene editore, 1975, p. 19.

scaturivano»³⁸⁶. Nell'esperienza romana la stessa parola “*persona*” era ben lungi dall'essere impiegata secondo la pregnante accezione che oggi le si attribuisce³⁸⁷. Infatti, è solo dal XVI secolo che iniziò ad assegnarsi al termine *persona* un significato tecnico-giuridico, in una stretta connessione con lo *status* che ciascun uomo occupa. Così, da allora, la *persona* indica l'uomo che, in possesso di uno *status*, partecipa alla vita giuridica.

La prevalente dottrina attribuisce alla capacità giuridica un'accezione attestata sui caratteri della possibilità e della potenzialità. Si afferma così che essa è attitudine³⁸⁸, idoneità alla titolarità di diritti e doveri giuridici, ad essere soggetto del diritto od anche... misura della personalità. L'esame della capacità giuridica è stato sempre condotto unitamente a quello della soggettività, con tendenze volte ora ad ammettere, ora ad escludere, la sostanziale identità e coincidenza tra le due nozioni. L'equazione “capacità giuridica-soggettività” è sostenuta, principalmente, dalla teoria c.d. organica, alla quale si deve una visione del fenomeno giuridico in termini di fatto storico-sociale

³⁸⁶ Stanzione, op. ult. cit., p. 20.

³⁸⁷ Si ritiene, infatti, che con il termine *persona* si intendesse nel diritto romano la funzione, la parte assegnata ad un soggetto, così Winscheid, *Diritto delle Pandette*, trad. di Fadda e Bensa, vol. I, parte I, Torino, 1902, p. 211, nota 6. L'origine semantica del termine si riconduceva alla maschera usata anticamente dagli attori a teatro

³⁸⁸ Nuzzo M., *Introduzione alle scienze giuridiche. Norme – Soggetti – Attività*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 147 ss.

che entra nell'ordinamento mediante la qualificazione giuridica. In questo modo, "il fenomeno risulta costituito da un nucleo sostanziale – il fatto – e da una qualificazione formale – l'elemento appunto formale – che scaturisce dalla norma"³⁸⁹. Secondo questa teoria, "il soggetto giuridico è una fattispecie"³⁹⁰. Esso risulta composto dal substrato materiale e dal riconoscimento formale con cui, attribuendosi al substrato di fatto la qualità di persona in senso giuridico, si verifica la penetrazione dell'individuo nel sistema dei fenomeni giuridici"³⁹¹. Corollario principale della teoria organica, è la configurazione del soggetto come centro dell'ordinamento giuridico, elemento fondante e ordinante³⁹² dello stesso e, contemporaneamente, come fenomeno appartenente al mondo del diritto, cioè costruzione e derivazione di quest'ultimo³⁹³. La capacità giuridica, o capacità di legittimazione soggettiva, assume in tale contesto la funzione di indice dell'esistenza o della rilevanza giuridica del soggetto". Parte della dottrina sostiene, conformemente a un tale orientamento, che "la capacità giuridica

³⁸⁹ Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p.64; Stanzione P., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, Jovene editore, 1975, p. 48.

³⁹⁰ Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 39

³⁹¹ Così Stanzione P., op. ult. cit.

³⁹² Così Stanzione P., op. ult. cit.; in senso contrario, ossia nel senso che il soggetto è elemento ordinato, non ordinante, Pigliaru, *Persona umana e ordinamento giuridico*, Milano, 1953, p. 136; Romano Salv., *Ordinamento sistematico del diritto privato*, I, *Diritto obiettivo – Diritto subiettivo*, II ed. a cura di Romano F., Napoli, s.a., p. 137.

³⁹³ Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 43.

designa la posizione generale del soggetto in quanto destinatario degli effetti giuridici”³⁹⁴. Per definire il nesso che lega la capacità alla soggettività, è sufficiente richiamarsi, si dice, a una concezione che considera la qualità di soggetto giuridico come “posizione, in parte attuale e nella maggior parte potenziale di destinatario degli effetti giuridici di un ordinamento, senza distinzioni o esclusioni di campi”³⁹⁵. Ne consegue l’ovvietà della coincidenza puntuale e senza residui tra la soggettività e la capacità giuridica³⁹⁶.

La riprova del fondamento di quanto sancito dalla suddetta teoria sta nell’ “esigenza logica inderogabile, per cui non è concepibile sistema di norme di condotta che non si richiami ad un soggetto come a suo punto necessario di riferimento”³⁹⁷.

Più recentemente si è sostenuto che “nel linguaggio giuridico è soggetto chi può essere titolare di situazioni soggettive attive o passive. La qualità di soggetto di diritto, “centro unitario di imputazione di situazioni giuridiche soggettive”³⁹⁸, spetta innanzitutto alle persone fisiche che, secondo l’espressa previsione dell’art. 1, comma 1, c.c. acquistano la capacità

³⁹⁴ Falzea, voce Capacità (teoria generale), in Enc. dir., VI, Milano, 1960, p. 10.

³⁹⁵ Falzea, op. ult. cit.

³⁹⁶ Falzea, op. ult. cit., p. 14; e nello stesso senso Id., Il soggetto, cit., p. 82 ss.

³⁹⁷ Falzea, voce Capacità, cit., p. 10.

³⁹⁸ Giardina F., *Soggettività, capacità, identità. Dialogo con Francesco*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, 2008, p. 125.

giuridica, cioè l'attitudine ad essere titolari di diritti e di doveri, fin dal momento della nascita, intesa come separazione del feto dal corpo materno. La qualifica di soggetto spetta non solo a chi è persona (nel senso che avendo capacità giuridica generale ai sensi dell'art. 1 c.c., è idoneo ad essere titolare dell'insieme dei diritti e doveri che l'ordinamento costruisce per regolare le relazioni giuridicamente rilevanti), ma anche a chi, pur privo di quella generale capacità, è idoneo, per effetto di espressa previsione di legge, ad essere titolare di specifici diritti ed ha perciò una capacità giuridica speciale³⁹⁹.

Si è detto anche che tra soggetto, capacità e identità sussiste una sorta di legame a tre, inscindibile: se il soggetto di diritto non è altro che il "centro unitario di imputazione di situazioni giuridiche soggettive", "se la capacità descrive la condizione del soggetto per il diritto e ne cataloga ordinatamente le prerogative, l'identità è indispensabile a garantire la certezza delle definizioni e la sicura organizzazione dei rapporti intersoggettivi"⁴⁰⁰. La medesima dottrina ritiene che la formula che meglio riesce a descrivere un tale fenomeno sia quella che vede nella capacità "il decisivo criterio ordinante" e nell'identità il "custode della (così ordinata) soggettività". In quanto mezzo di "classificazione" dei

³⁹⁹ Nuzzo M., op. cit., p. 147 ss.

⁴⁰⁰ Giardina F., op. cit., p. 126.

soggetti, la capacità disegna il ruolo dell'individuo; in quanto mezzo di identificazione, funzionale all'unicità del soggetto di diritto, l'identità delinea in sintesi estrema i tratti caratterizzanti dell'individuo⁴⁰¹.

Busnelli invita a soffermare l'attenzione sulla mancanza dell'uomo dall'immagine normativa del soggetto, una mancanza che si comunicava inevitabilmente ai suoi attributi essenziali. Nella nozione di capacità giuridica e dal testo dell'art. 1 c.c. difetta la figura dell'uomo: "nessun codice europeo conosce un'eclisse così totale"⁴⁰². Usando le parole del Savigny, l'eclisse trova la sua ragione rinvenendo nella capacità giuridica "una strettoia di ingresso alla tutela della persona, quasi un limite potenziale all'espandersi di un armonioso disegno della condizione giuridica dell'uomo"⁴⁰³. Ma "ripensare lo statuto della soggettività" significa escludere che il diritto positivo possa permettersi di "negare a taluni singoli uomini, in tutto o in parte, la capacità giuridica"⁴⁰⁴. Dal confronto tra il tradizionale impianto codicistico e i principi costituzionali, ha preso avvio una

⁴⁰¹ Giardina F., op. cit., p. 126.

⁴⁰² Busnelli F.D., saggio *Il diritto delle persone*, nel volume *I cinquant'anni del codice civile*, Milano, 1993, I, 105 ss., nella specie p. 108.

⁴⁰³ Busnelli F.D., *Capacità in genere*, in *Lezioni di diritto civile*, Napoli, 1990, 89.

⁴⁰⁴ Il riferimento al Savigny, con l'intento di "ripensare lo statuto della soggettività", lo ritroviamo in Busnelli F.D., *Persona umana e dilemmi della bioetica: come ripensare lo statuto della soggettività*, testo della relazione svolta al Convegno di studi sul *Ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa* (Messina, 29 settembre 2005), pubblicata sulla rivista *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, 245 ss., in partic. 256.

tendenziale identificazione tra soggettività e capacità giuridica. “Alla condizione dell’uomo la capacità giuridica ha finito per essere collegata al pari della soggettività, con il risultato di un’artificiosa – secondo alcuni inutile, secondo altri non del tutto innocua – duplicazione degli attributi che l’ordinamento riferisce alla persona umana a partire dal momento stesso in cui viene ad esistenza”⁴⁰⁵. Ma anche il nuovo dogma dell’equazione tra soggettività e capacità giuridica sta vivendo, si dice, di recente “un rapido declino”. Se la capacità giuridica è strettamente connessa dal codice civile al momento della nascita, così come ancora statuisce l’art. 1 c.c., la soggettività si espande fino a ricomprendere la condizione del concepito, così come ora previsto dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40 che detta “norme in materia di procreazione medicalmente assistita”. La nuova dissociazione tra soggettività e capacità giuridica evidenzia l’inidoneità della nozione codicistica di capacità giuridica a esaurire il novero dei soggetti, ossia di coloro che sembrano degni di protezione in base ai principi fondamentali dettati dalla Costituzione. Il sistema del codice civile e i principi costituzionali – che si erano avvicinati al fine di privare la capacità giuridica dell’attitudine selettiva e discriminatoria – tornano a separarsi, in virtù della scelta legislativa di ridare vita al concetto di

⁴⁰⁵ Giardina, op. cit., p. 127.

soggettività mettendolo al servizio dell'uomo. In questo nuovo quadro non deve più preoccupare l'esistenza nel sistema "di soggetti non misurabili in termini di capacità giuridica, la cui nozione conseguentemente si ridimensiona"⁴⁰⁶. Il nuovo quadro normativo quindi, ridimensiona il sistema della persona fisica costruito nel libro I del codice civile, cioè quest'ultima «conserva "la struttura statica della fattispecie, idonea ad assimilare persone fisiche e persone giuridiche", il nuovo soggetto - affrancato dall'angusto legame con la capacità giuridica - appare in grado di rappresentare la pienezza della condizione dell'uomo così come la descrive il disegno costituzionale»⁴⁰⁷.

Ulteriore conferma della dissociazione tra soggettività e capacità proviene dalla Cassazione civile sez. III, 11 maggio 2009 n. 10741, la quale così afferma: "Deve (...) oggi intendersi per soggettività giuridica una nozione senz'altro più ampia di quella di capacità giuridica delle persone fisiche (che si acquista con la nascita ex art. 1 c.p.c., comma 1), con conseguente non assoluta coincidenza, da un punto di vista giuridico, tra soggetto e persona, e di quella di personalità giuridica (con riferimento agli enti riconosciuti, dotati conseguentemente di autonomia "perfetta" sul piano patrimoniale): sono soggetti giuridici, infatti,

⁴⁰⁶ Busnelli F.D., *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 536.

⁴⁰⁷ *Id.*, op. ult. cit., p. 562.

i titolari di interessi protetti, a vario titolo, anche sul piano personale, nonché gli enti non riconosciuti (che pur dotati di autonomia patrimoniale "imperfetta" sono idonei a essere titolari di diritti ed a esercitarli a mezzo dei propri organi rappresentativi).

In tale contesto, il nascituro o concepito risulta comunque dotato di autonoma soggettività giuridica (specifica, speciale, attenuata, provvisoria o parziale che dir si voglia) perchè titolare, sul piano sostanziale, di alcuni interessi personali in via diretta, quali il diritto alla vita, il diritto alla salute o integrità psico-fisica, il diritto all'onore o alla reputazione, il diritto all'identità personale, rispetto ai quali l'avverarsi della *condicio iuris* della nascita ex art. 1 c.c., comma 2 (sulla base dei due presupposti della fuoriuscita del feto dall'alveo materno ed il compimento di un atto respiratorio, fatta eccezione per la rilevanza giuridica del concepito, anche sul piano patrimoniale, in relazione alla successione mortis causa ex art. 462 c.c. ed alla donazione ex art. 784 c.c.) è condizione imprescindibile per la loro azionabilità in giudizio a fini risarcitori⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ Cricenti G., «Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione» in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 1268 ss.; Mastroianni S., *La risarcibilità in favore del concepito quale "vittima secondaria" dell'illecito*, in *Resp. civ.*, 2012, p. 276 ss.; Ballarini, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura "integrata" dell'art. 1 c.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, fasc. 3, pt. I, p. 1159 ss.; Viola L., *Il nascituro ha il diritto di nascere sano, ma non quello di non nascere*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 706 ss.

2) LA TEORIA DEI DIRITTI SENZA SOGGETTO

Di converso, si sostiene che l'analisi del rapporto giuridico non può limitarsi al profilo strutturale dello stesso, ma deve avere ad oggetto anche e soprattutto il suo profilo funzionale, che consiste nella valutazione degli interessi disciplinati dal rapporto stesso. Pertanto, si ritiene che il rapporto giuridico si presenta, dal punto di vista della struttura, quale relazione tra situazioni giuridiche soggettive contrapposte, non tra soggetti, e, dal punto di vista della funzione dallo stesso assolta, quale norma, regolamento di interessi⁴⁰⁹. Secondo una tale concezione, il soggetto non trova più posto né nella struttura del rapporto, né nella struttura delle situazioni giuridiche soggettive⁴¹⁰.

Difatti, sostiene autorevole dottrina che: "In realtà - il soggetto non è elemento essenziale, parte integrante e qualificante del rapporto; non è, cioè, elemento strutturale... Qualora il soggetto facesse parte della definizione strutturale del rapporto giuridico, e del rapporto obbligatorio in particolare, si dovrebbe anche ammettere che ogni volta che cambia il soggetto il rapporto si estingue, nel senso che il rapporto è cambiato, modificato in uno di quegli elementi caratterizzanti,

⁴⁰⁹ Tale costruzione si deve al Perlingieri, *Introduzione alla problematica della "proprietà"*, Napoli, 1971, p. 95 ss. e Id., *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Napoli, 1972, p. 32 ss.

⁴¹⁰ Queste sono le parole dello stesso Perlingieri, *La confusione nelle obbligazioni*, in *Ann. Fac. Giur. univ. Camerino*, XXXVIII (1972), p. 347; la critica è condivisa

qualificanti, in uno degli elementi cioè che consentivano la sua identificazione. [...] se il rapporto, per il mutamento del soggetto, si modificasse nella sua struttura, si verificherebbe una vicenda estintiva, accompagnata magari da una nuova vicenda costitutiva.”⁴¹¹

Il nodo sta nella legittimità della nozione di successione nella situazione giuridica soggettiva. Infatti, la successione, in quanto tale, presuppone non l'estinzione della situazione giuridica soggettiva, ma la sua conservazione e di conseguenza il fatto che un nuovo soggetto possa subentrare nella titolarità di quella situazione giuridica. Proprio per questo, coloro che evidenziano l'essenzialità del soggetto nella struttura del rapporto criticano la nozione di successione nella situazione giuridica soggettiva, presupponente non l'estinzione della situazione giuridica, «bensì la “perdita” della titolarità da parte di un soggetto e l’“acquisto” della situazione da parte di un soggetto»⁴¹².

Sono proprio le norme sulle fattispecie estintive, secondo questa stessa dottrina, ossia gli artt. 1235 e 1253 ss. c.c. a far capire che il soggetto non è parte della nozione del rapporto obbligatorio e, nella specie, della struttura dello stesso. Il rapporto giuridico, infatti, come detto, è costituito da due aspetti: quello strutturale, inteso quale relazione tra situazioni giuridiche soggettive, e quello funzionale, quale regolamento

⁴¹¹ Così Perlingieri, *Il fenomeno dell'estinzione*, p. 37 ss.

⁴¹² Perlingieri, *Il fenomeno dell'estinzione*, p. 37 ss.

di interessi. Il soggetto, come si vede, non è pertanto elemento essenziale del rapporto. Ne consegue il rigetto della definizione tradizionale del rapporto come relazione tra soggetti, definizione che esprime “l’essenzialità e la necessità della dualità dei soggetti non soltanto per l’esistenza, ma anche per la costituzione e per la sopravvivenza del rapporto... il soggetto dunque (non è una parte immanente della situazione giuridica soggettiva, egli) è solamente il titolare della situazione giuridica soggettiva”⁴¹³. Quest’ultima è un interesse, un centro di interessi⁴¹⁴... giuridicamente rilevante”... Al cuore di ogni situazione giuridica soggettiva vi è l’interesse, che, “slegato da connotazioni puramente soggettivistiche, rappresenta invece il punto nel quale convergono la qualificazione del fatto alla luce del diritto e l’interpretazione del diritto alla luce del fatto”⁴¹⁵.

Pertanto, se il soggetto non viene identificato nella situazione giuridica soggettiva né viene ricompreso nella stessa struttura della situazione giuridica, si pone il problema di raccordare il soggetto alla situazione.

Accedendo ad una nozione di situazione giuridica soggettiva quale

⁴¹³ Perlingieri, *Il fenomeno dell’estinzione*, p. 37 ss.

⁴¹⁴ Una tal nozione di situazione giuridica soggettiva si rinviene sempre nel Perlingieri, *Incidenza della programmazione economica sulle situazioni soggettive “del privato”*, in *Dir. econ.*, 1970, p. 3 ss., pubblicato anche in Perlingieri, *Scritti II*, Camerino, 1972, p. 152; Il principio “nemini res sua servit” e la costituzione anticipata di servitù, in *Riv. dir. agr.*, 1970, p. 305 ss., in Perlingieri, *Scritti II*, cit., p. 239 ss.; allo stesso modo, Id., *Rapporto preliminare e servitù su “edificio da costruire”*, Napoli, 1996, p. 189, nota 414 e *La confusione nelle obbligazioni*, cit., p. 341 ss.

⁴¹⁵ La situazione giuridica soggettiva «esprime gli interessi qualificati dal complesso della normativa applicabile»: si sostanzia nell’«individualizzazione della norma». Così, Perlingieri P. e Femia P., *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, 2a ed. amp. riv. e agg., Napoli, 2004, risp. pp. 169 e 112.

“complesso di diritti e doveri, oneri e potestà o, meglio, quale centro di interessi”⁴¹⁶, diviene indispensabile individuare la posizione del soggetto rispetto alla situazione giuridica. Infatti, accogliendo una tale concezione, “è bandito ogni riferimento ad un punto soggettivo di collegamento nel quale possano confluire i molteplici elementi afferenti alla situazione giuridica ed al quale possano essere imputati i vari contegni e soprattutto gli effetti da essi scaturenti, assunti nel momento attuativo della stessa situazione”⁴¹⁷.

Il centro di interessi, l'interesse in questione, può continuare a vivere e lo può fare senza che esista un soggetto o nell'attesa di un soggetto destinato a diventarne titolare, (è il caso delle donazioni o delle disposizioni testamentarie a favore di nascituri, a favore di enti non riconosciuti...). In sostanza si tratta di soggetti futuri e di situazioni giuridiche attuali, aventi rilevanza per il diritto. “La situazione giuridica che ha perso il suo titolare, non perde però la sua rilevanza per il diritto. È il problema delle situazioni giuridiche soggettive senza soggetto (i c.d. **diritti senza soggetto...**)” [...] Il soggetto è il titolare della situazione giuridica soggettiva; la titolarità, consistendo nella relazione tra un soggetto ed una situazione giuridica soggettiva, ha bisogno del soggetto nella sua fase di appartenenza, cioè nella sua fase di attualità.

⁴¹⁶ Stanzione P., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, Jovene editore, 1975, p. 71.

⁴¹⁷ Stanzione P., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, Jovene editore, 1975, p. 72.

Il soggetto dunque non è elemento essenziale della situazione giuridica soggettiva né del rapporto giuridico, ma è elemento essenziale della titolarità della situazione giuridica. La situazione giuridica soggettiva può esistere anche se non esiste il titolare o un soggetto attualmente titolare, ossia un “soggetto che ne possa disporre, che ne possa esercitare i contenuti, che ne possa godere in via immediata e diretta”. In tale accezione, la titolarità si limita a realizzare un collegamento fra due termini, il soggetto e la situazione giuridica. Secondo tale concezione, “il soggetto è l’elemento essenziale della titolarità della situazione giuridica, mentre invece esso non è tale per la stessa situazione giuridica soggettiva”. C’è chi d’altra parte nutre perplessità verso una tale impostazione: l’avvertimento di parte della dottrina è di “non farsi ingannare dall’uso costante di siffatti simboli”⁴¹⁸, di cui spesso ci si serve ma dietro i quali non vi è in realtà nulla di concreto. Si è detto, inoltre, che logicamente il concetto di titolarità risulterebbe “deviante”, o addirittura un concetto falso, in quanto non può scomporsi ciò che si presenta come unitario, ossia “attore, azione ed oggetto dell’azione non sono tre momenti distinti, ma tutti vanno a costituire l’unità del singolo comportamento umano, non si può separare chi agisce da ciò che è agito. L’insidia sta proprio nel fatto che normalmente si stacca il comportamento dalla persona fisica che l’ha

⁴¹⁸ A mettere in guardia contro tali pericoli è Irti, *Due saggi sul dovere giuridico*, Napoli, Jovene, 1973, pp. 45 s. e 49.

tenuto e, in un secondo momento, lo si riconnette all'individuo: questi immancabilmente si presenterà come titolare dello stesso"⁴¹⁹. "Tradizionalmente si ritiene che la situazione soggettiva non può esistere senza appartenere necessariamente ad un soggetto titolare"⁴²⁰. L'affermazione non trova conferma, si osserva⁴²¹, in sede di verifica: vi sono casi, infatti, in cui "la situazione giuridica esiste ma, *medio tempore*, non appartiene ad alcun soggetto". Il che spinge a separare, cronologicamente, l'appartenenza dall'esistenza della situazione giuridica soggettiva, così da comportare che la prima sia nozione successiva rispetto alla seconda. Pertanto, se deve vedersi nell'appartenenza una manifestazione della titolarità, ne deriva che quest'ultima, così come l'altra, "non coincide con l'esistenza della situazione giuridica soggettiva".

Deve rifiutarsi la totale equiparazione tra appartenenza e titolarità, in quanto, diversamente, l'appartenenza perderebbe la sua utilità e la sua autonomia concettuale. Sono due i tipi di titolarità che si individuano: uno può essere espresso in termini di appartenenza, l'altro in termini di spettanza, a seconda che ci si riferisca "all'attualità o alla potenzialità

⁴¹⁹ Irti, op. u cit., p. 42 ss., il quale esamina accuratamente le diverse accezioni in cui è stato impiegato il termine "titolare" e dall'indagine accerta l'estraneità rispetto al linguaggio legislativo del termine "titolarità", il cui uso, sostiene l'Autore, è frutto di una "ingenua trasposizione" operata dalla dottrina.

⁴²⁰ Stanzione P., op.ult.cit., p. 76.

⁴²¹ Stanzione P., op.ult.cit., p. 76.

della situazione giuridica soggettiva”⁴²². Cosicché, intanto si può sostenere che una situazione giuridica “appartiene” ad un soggetto in quanto il legame che li unisce sia attuale e permanente; mentre, se si ha riguardo ad un titolo idoneo all’acquisto, che avverrà successivamente, della titolarità definitiva si può affermare che la situazione giuridica in oggetto “spetta” ad un determinato soggetto. Nella delineata configurazione, il soggetto risulta momento necessario ed insopprimibile della sola appartenenza; al contrario, nella spettanza, che ha solo carattere di provvisorietà, esso è elemento non essenziale. C’è chi ha tentato di aggirare l’ostacolo “apparentemente insormontabile della perdita della capacità giuridica del defunto, quale causa ostativa al riconoscimento del diritto al risarcimento per la perdita del diritto alla vita”⁴²³, servendosi dell’impostazione del Pelingieri al fine di dimostrare che nel nostro ordinamento vi sono rilevanti casi di “imputazione postuma di effetti giuridici”, ossia: “la sopravvivenza fittizia del defunto come parte processuale, il fallimento dell’imprenditore defunto, il diritto a pensione del mutilato, dell’invalido civile e del sordomuto defunto, l’apprezzabilità fiscale del lavoro del defunto; la tutela dell’onore del defunto”. Egli infatti sostiene che: «... il nodo non risolto... è quello della estinzione della capacità giuridica per effetto della morte⁴²⁴... nodo che il Rebuffat⁴²⁵ supera

⁴²² Stanzione P., op. ult. cit., p. 76.

⁴²³ Scotti U., *Il danno da sinistro stradale*, 2010, Giuffrè, p. 437.

⁴²⁴ Sgroi, *Morte*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, 104.

osservando che “l’esistenza del soggetto non è essenziale per la esistenza della situazione giuridica soggettiva”, sicchè è possibile, nella logica giuridica, che la situazione soggettiva si trasformi nel e col morire fisico del soggetto. E, come argomenti persuasivi, indica situazioni giuridiche in cui il “defunto” continua a “sopravvivere” nel mondo giuridico. Così il defunto può continuare a “vivere” come parte processuale (art. 300, 1° e 2° comma c.p.c.); l’imprenditore defunto può fallire; il mutilato, l’invalido civile e il sordomuto defunti possono avere ancora diritto a pensione (da trasmettere per il quantum conseguito agli eredi); il lavoro del defunto è apprezzabile fiscalmente; il defunto ha diritto alla tutela del suo onore ecc.»⁴²⁶.

Allo stesso modo, sempre invocando quale esempio l’art. 300 c.p.c., secondo il quale il defunto rimane parte processuale finché non sia dichiarata la sua morte, si parla di “ultrattività” della capacità giuridica, sostenendo che quest’ultima, acquisita con la nascita, non si perda con la morte⁴²⁷.

⁴²⁵ Rebuffat, *Il risarcimento del danno ingiusto tanatologico*, Roma, 1996, Atti seminario Cassazione, gennaio 1996. L’Autore, infatti, condivide la tesi del Perlingieri secondo cui “non è indispensabile rifarsi alla nozione di soggetto per individuare il nucleo di un rapporto giuridico. Quello che è sempre presente nel rapporto è la relazione tra interessi meritevoli di tutela”

⁴²⁶ Petti, *Il risarcimento dei danni biologico, genetico, esistenziale*, in *Diritto attuale*, 2002, I, p. 765.

⁴²⁷ Con questo argomento, M.R. Morelli, nel suo intervento al seminario tenutosi il 17 ottobre 2012, nell’Aula Magna del palazzo della Corte di cassazione, organizzato dall’Ufficio per la Formazione Decentrata del C.S.M. e dalla Corte di cassazione, dal titolo “*Perdita della vita e risarcimento del danno*”, tende a scalfire la tradizionale intangibilità dell’argomento secondo cui non si vede “come possa pretendere di essere risarcito chi non esiste più quando viene ad esistenza il danno”.

3) LA POSIZIONE DI CARNELUTTI

Un'altra risposta risposta e possibile soluzione agli interrogativi suddetti proviene da un'autorevole dottrina, Carnelutti. Questi sostiene che: "il soggetto di un diritto è costituito dall'uomo o dall'organizzazione di uomini, cui appartiene l'interesse tutelato dall'ordine giuridico e la volontà decisiva per questa tutela. L'ordine giuridico attribuisce la tutela di un interesse alla volontà di un uomo diverso dal titolare di questo quando la tutela dell'interesse medesimo mediante la volontà del suo titolare non è possibile o non è opportuna. Casi tipici di impossibilità si danno per la tutela dell'interesse del nascituro e del defunto: il curatore del nascituro e l'esecutore testamentario realizzano mediante una volontà presente la tutela dell'interesse del non nato o del già morto"⁴²⁸. Un tale assunto, fondamento della sua teoria sulla personalità giuridica, è stato impiegato dall'Autore al fine di motivare e supportare la concezione per cui, in materia di danni da morte, "(anche nel caso di) prestazione futura (*post mortem*) (che) non abbia per il titolare alcun valore presente, resta sempre il suo interesse (morale o altruistico) a che la prestazione sia eseguita a favore dell'erede o di altra determinata persona. Perché questo interesse non può formare il midollo di un diritto? [...] In fondo, il riconoscimento progressivo del contratto a

⁴²⁸ Carnelutti, *Personalità giuridica e autonomia patrimoniale nella società e nella comunione*, in *Riv. del dir. comm.*, 1912, I, 86.

favore di terzo è frutto di codesta spiritualizzazione nel contenuto del diritto subiettivo; la struttura del diritto è tutta imperniata sul concetto di un diritto a contenuto altruistico, del diritto alla prestazione a favore altrui. Del resto, il tipo del diritto a contenuto puramente morale, non presenta, certamente, questa sola manifestazione; al contrario ve ne sono altre interessantissime perfino nel campo dell'interesse (morale) di alcuno a un dato comportamento altrui dopo la sua morte: classico il diritto alla disposizione del proprio cadavere, e v'è un istituto, prezioso per la teoria generale del diritto soggettivo e del soggetto di diritto: l'esecuzione testamentaria, il quale non rappresenta se non un mirabile espediente giuridico per rendere presente, oltre la morte una volontà specialmente designata per la tutela di quell'interesse"⁴²⁹. Si capisce che la fine della persona fisica non è ostativa all'esercizio *post mortem* di diritti della stessa da parte degli eredi, non *iure proprio*, ma nell'esclusivo interesse del defunto.

4) LA TUTELA POST MORTEM DEI DIRITTI DELLA PERSONALITÀ: IL DIRITTO MORALE D'AUTORE

Inoltre, sempre nel tentativo di superare l'ostacolo della perdita della capacità giuridica con la morte, può notarsi che vi sono delle situazioni

⁴²⁹ Carnelutti, *Natura del diritto dei superstiti nella legge degli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, p. 404 ss.

giuridiche nelle quali l'esercizio di diritti personali avviene dopo la morte dell'originario titolare: "può porsi mente al fatto che numerose posizioni giuridiche, non qualificabili come patrimoniali, sono rilevanti e sono disciplinate anche per il tempo successivo alla morte del loro titolare originario. Pensiamo, ad esempio, alla trasmissione *mortis causa* del rapporto processuale, che, ex art. 127 c.c., si verifica in caso di giudizio avente ad oggetto la dichiarazione di nullità del matrimonio; alla trasmissione *mortis causa* del potere di promuovere l'azione di disconoscimento della paternità, prevista dall'art. 246 c.c.⁴³⁰; al potere, attribuito ai discendenti, di promuovere, *post mortem* del titolare originario, l'azione di reclamo dello stato di figlio legittimo, ai sensi dell'art. 249 c.c.⁴³¹; al potere di promuovere *post mortem* l'azione per ottenere che sia dichiarata giudizialmente la paternità o la maternità..., potere assegnato dall'art. 270 c.c. ai discendenti⁴³².... Pensiamo,

⁴³⁰ Trasmissibilità dell'azione: "Se il presunto padre o la madre titolari dell'azione di disconoscimento della paternità sono morti senza averla promossa, ma prima che sia decorso il termine previsto dall'art. 244, sono ammessi ad esercitarla in loro vece i discendenti o gli ascendenti... Se il figlio titolare dell'azione di disconoscimento della paternità è morto senza averla promossa sono ammessi ad esercitarla in sua vece il coniuge o i discendenti nel termine di un anno..." (così come modificato dall'art. 19, dlgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

⁴³¹ "Benché la legge non lo disponga espressamente, deve ritenersi che, ove il figlio non l'abbia esercitata prima di morire, l'azione si trametta ai di lui discendenti. Si è propensi a ritenere che anche per costoro l'azione sia imprescrittibile, in forza del disposto generale di cui all'art. 2934, comma 2, c.c., che esclude dalla prescittibilità i diritti indisponibili": così Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, Cedam, 2015, p.

⁴³² Non si obietti, al fine di contestare l'esclusione delle azioni di stato dall'ambito dei rapporti patrimoniali, che i discendenti sono generalmente mossi da un interesse patrimoniale. Non bisogna confondere, infatti, il profilo dell'interesse all'azione con quello riguardante l'oggetto dell'azione medesima. Quest'ultimo, sia che l'azione venga promossa dal titolare originario sia che venga proposta dai discendenti, è sempre rappresentato dall'accertamento dello status familiare del defunto. E poiché ciò che qualifica la natura dell'azione è il suo oggetto, si deve conseguentemente concludere che le azioni di stato non hanno carattere patrimoniale: così Zaccaria, *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padova, Cedam, 1988, p. 5. In dottrina, si pensa che la prospettazione secondo cui l'acquisto mortis

ancora, alla possibilità che il diritto morale dell'autore⁴³³, dopo la morte di questi, sia fatto valere, come prevede l'art. 23 della l. 22 aprile 1941, n. 633, dal coniuge e dai figli e, in loro mancanza, dai genitori e dagli altri ascendenti e dai discendenti diretti, ovvero, mancando ascendenti e discendenti, dai fratelli e dalle sorelle e dai loro discendenti. Al di là di queste espresse previsioni normative [...] in particolare, dagli artt. 10 c.c., 97 l. a., 597 c.p., si ammette, inoltre, comunemente, che ai prossimi congiunti spetti la possibilità di reagire, anche in sede civile, nei confronti delle offese eventualmente arrecati da terzi all'onore del defunto, e, più in generale, si riconosce che i prossimi congiunti siano legittimati a reagire nei confronti delle lesioni cagionate a taluni diritti della personalità del defunto"⁴³⁴. La tendenza della dottrina dominante nei confronti di queste situazioni giuridiche, non qualificabili come patrimoniali, è quella stessa che abbiamo riscontrato nella materia del danno da perdita della vita, ossia: qualificare la legittimazione di certi soggetti ad attivarsi per la tutela di determinate posizioni giuridiche non patrimoniali, anche dopo la morte del loro titolare originario, "*iure*

causa di tali diritti avverrebbe *iure proprio celi* in realtà la diffidenza verso il riconoscimento di una successione per causa di morte secondo criteri anomali di vocazione (che cioè derogano al principio di unità della successione), vedesi: Gabrielli, *La successione per causa di morte nella riforma del diritto di famiglia*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo*, Atti del Convegno di Verona 14-15 giugno 1985, Padova, 1986, pp. 173-174.

⁴³³ La legge dell'Italia unita sul diritto d'autore più risalente nel tempo è costituita dal r.d. 25 giugno 1865, n. 2337, all. G, mentre le prime consistenti testimonianze, anche al di fuori dell'Italia, di una legislazione sul diritto d'autore risalgono al XVIII; per ampi riferimenti storici e comparatistici sul diritto d'autore: Greco e Vercellone, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, nel *Tratt. di dir. civ. it.* diretto da Vassalli, Torino, 1974, n. 1 ss., p. 1 ss., n. 34, p. 103, nota 1, n. 40, p. 131, nota 2.

⁴³⁴ Zaccaria, *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padova, Cedam, 1988, p. 4 ss.; De Cupis, *I diritti della personalità*, nel *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, 2° ed., Milano, 1982, n. 106 ss., p. 268 ss.

proprio". La *ratio* di una tale qualificazione sta in un principio che, sebbene non legislativamente sancito, è stato sempre riconosciuto dalla dottrina maggioritaria. Si tratta del principio di "patrimonialità della successione", secondo cui solo i diritti patrimoniali, dei quali il defunto era titolare, possono essere oggetto di successione⁴³⁵. I diritti non patrimoniali, al contrario, sarebbero intrasmissibili, in quanto, a causa del loro carattere personale, presupporrebbero l'esistenza del titolare originario e, conseguentemente sarebbero necessariamente destinati ad estinguersi con la morte del loro titolare⁴³⁶. Questo è il quadro giuridico saldamente consolidato.

Ma ancora una volta ravvisiamo la *ratio* di una tale dominante tendenza (quella della qualificazione *iure proprio* dell'acquisto *mortis causa* di diritti non patrimoniali) nel conformarsi al sistema giuridico sottostante.

Così, piuttosto che ammettere che esistono delle "deviazioni" al principio di patrimonialità della successione, si è preferito non qualificare gli acquisti *mortis causa* delle suddette posizioni giuridiche in termini di successione ereditaria nelle stesse.

⁴³⁵ Grosso e Burdese, *Le successioni*, nel *Trattato di dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1977, n. 5, p. 14; Bonlini, *Nozioni di diritto ereditario*, Torino, 1986, p. 8 ss. nel diritto francese Blondel, *La transmission a cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux a caractere personnel*, Paris, 1969, p. 178; Dogliotti, *Le persone fisiche*, nel *Trattato di dir. priv.*, diretto da Rescigno, 2, *Persone e famiglia*, I, Torino, 1982, p. 49; nel diritto tedesco, la critica all'impostazione patrimoniale del BGB iniziò già quando erano ancora in corso i lavori preparatori di quel Codice. A tal proposito Heldrich.

⁴³⁶ Grosso e Burdese, op. loc. citt.

Tuttavia, ci si potrebbe quantomeno interrogare sulla intangibilità di un tale principio, che pare essere stato ormai assunto quale “dogma”, ipotizzando la possibilità di disciplinare unitariamente⁴³⁷ le diverse fattispecie giuridiche in cui certi soggetti sono legittimati ad attivarsi al fine di tutelare, esercitandoli, diritti non patrimoniali già spettanti a un defunto. Ci si potrebbe chiedere cioè, se gli atti di esercizio di un diritto non qualificabile come patrimoniale, realizzati *post mortem* del suo titolare originario, implicino la trasmissione del diritto stesso.

Le risposte che possono darsi a tale interrogativo, nel nostro ordinamento, sono state sostanzialmente due: una prima è quella consueta, ossia quella che, partendo dal riconosciuto principio di patrimonialità della successione e dal connesso corollario della intrasmissibilità dei rapporti non patrimoniali, vede l'acquisto *iure proprio* di un diritto nella legittimazione *mortis causa* relativamente a un rapporto non patrimoniale, nei casi, naturalmente, in cui tale legittimazione è ammessa. Un'altra risposta, al contrario, scevra da pregiudizi connessi al carattere non patrimoniale o meno dei suddetti diritti, ipotizza, diversamente da quanto tradizionalmente ritenuto, l'adozione

⁴³⁷ Un tentativo in tal direzione già stato fatto da Galasso, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, p. 175 ss.

dello schema successorio anche per situazioni non qualificabili come patrimoniali.

Ed ecco, in quest'ultimo caso, riaffiorare una teoria fondata sull'idea di continuazione⁴³⁸ della persona del defunto attraverso la successione *mortis causa* presupponente, appunto, almeno in linea di principio la configurabilità di una successione anche in rapporti non qualificabili come patrimoniali. Innanzitutto, per quanto concerne l'idea della continuazione della persona del defunto, la materia cui tale concezione sembra meglio inerire è quella dei diritti della personalità, elaborati per la prima volta sul finire dell'ottocento⁴³⁹. Di questi diritti oggi emerge la necessità

⁴³⁸ L'idea secondo cui il successore sarebbe appunto il continuatore della persona del defunto si sviluppò al tempo delle XII tavole (quando l'*heres* era sì destinatario di diritti patrimoniali, ma aveva anche e soprattutto il compito di perpetuare i valori familiari e la religione domestica: *heres nominis, pecuniae, sacrorum*) : P. Voci, *Istituzioni di diritto romano*, 6a ed., Giuffrè, 2004, 562 s. Cfr., altresì, tra gli altri, Segrè, *Ricerche di diritto ereditario romano*, Soc. ed., *Foro it.*, 1930, 100 ss.; Fadda C., *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, I, Piero, 1900, 3 ss.

Questa idea perse tuttavia ben presto di significato, nel successivo sviluppo del diritto romano, ove la successione era diventata un fenomeno strettamente patrimoniale: sottolinea con particolare chiarezza la concezione dell'*hereditas* dapprima come *familia pecuniaque*, poi come semplice *pecunia*, M. J. García Garrido, *Diritto privato romano*, ed. it. a cura di Balzarini, trad. di Biondo, 2a ed., Cedam, 1996, 495. Sul tema anche Cicu, *Successioni per causa di morte*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XLII, 2a ed., Giuffrè, 1961, 22.

Tuttavia, forse per il suo carattere "romantico", essa è stata spesso riproposta anche in età moderna: come ha evidenziato, per esempio, Biondi B., *Diritto ereditario romano*, Giuffrè, 1954, 36. Per ulteriori riferimenti al diritto romano e anche all'evoluzione successiva; Zaccaria A., *op. cit.*, 49 ss. in modo più generico su questi temi, anche Magnani, *La figura di erede e la qualità ereditaria, comprendenti sia rapporti e diritti patrimoniali sia qualità personali, morali, ideali. Conseguenze ed applicazioni*, in *Riv. not.*, 1998, II, 1049s. Inoltre, Betti E., "In iure cessio hereditatis", "successio in ius" e titolo di "heres", in *Studi in onore di Solazzi*, Jovene, 1948, 602, ammoniva: «se poi nel diritto odierno il titolo di erede abbia davvero perduta la sua funzione di legittimazione, come di solito si ritiene, è questione che [...] meriterebbe più attento esame di fronte a talune eloquenti sopravvivenze, come [...] taluni poteri di carattere non patrimoniale».

⁴³⁹ A riferire del dibattito in proposito: Dogliotti, *Le persone fisiche*, nel *Trattato di dir. priv.*, diretto da Rescigno, 2, *Personae e famiglia*, I, Torino, 1982, p. 49-50;

di una loro tutela *post mortem* del titolare originario. È in una tale necessità che trova “il suo concreto fondamento giuridico”⁴⁴⁰ l’idea di continuazione della persona del defunto: il suo “indispensabile contenuto di diritto positivo” sarebbe cioè nella “tutela della personalità umana dopo la morte”⁴⁴¹. Per tale concezione, l’affermazione secondo la quale la successione *mortis causa* ha ad oggetto solo i rapporti di natura patrimoniale non può più intendersi quale principio generale dotato di valore assoluto al pari di un dogma cardine del sistema successorio italiano, ma piuttosto rappresenterebbe “l’eco di un’antica tradizione”⁴⁴², saldamente radicata. Da ciò ne consegue la possibilità di rimeditare la tradizionale veste giuridica, in termini di esercizio *iure proprio* di un nuovo di diritto, usualmente attribuita alle fattispecie per le quali è legislativamente prevista una tutela postmortale e anche per quelle che ne sono prive.

Come detto, si ravvisano nel nostro ordinamento diritti della personalità, reciprocamente differenti, che tuttavia presentano degli elementi comuni, ossia la natura non patrimoniale e l’integrazione di un fenomeno qualificabile in termini di acquisto

⁴⁴⁰ Zaccaria, *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall’unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padova, Cedam, 1988, p. 59.

⁴⁴¹ Zaccaria, op. loc. cit.

⁴⁴² Zaccaria, op. loc. cit.; Galasso, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, p. 175-176, cit.

iure proprio o *iure successionis* dopo la morte dell'originario titolare.

Tra i diritti della personalità la cui sorte *post mortem* del loro titolare originario è legislativamente disciplinata, focalizzeremo la nostra attenzione sui diritti aventi il loro nucleo centrale nella legge 22 aprile 1941, n. 633 sul diritto d'autore, ossia il diritto morale d'autore e i diritti a questo connessi.

Diversi sono i diritti che integrano il diritto morale d'autore quale diritto della personalità: "il diritto di rivendicare la paternità dell'opera⁴⁴³ e di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione o altra modificazione e a ogni altro atto a danno dell'opera stessa che possa essere di pregiudizio all'onore o alla reputazione del defunto (art. 23); il diritto di rivelare la paternità dell'opera, che, come si ricava dal secondo comma dell'art 27,

⁴⁴³ "Il diritto morale d'autore tutela la paternità intellettuale, la «paternità dell'opera», come è espressamente detto dall'art. 20 l. dir. aut., sicché — è stato affermato — potrebbe convenientemente discorrersi, se l'espressione in uso non fosse stata recepita dal legislatore, di «diritto alla paternità intellettuale», De Cupis, *Diritto all'identità personale, diritti ai segni distintivi personali, diritto morale d'autore*, Milano, 1961, p. 177, paternità intellettuale che è un bene personale, consistente in un modo di essere, o qualità, morale della persona dello stesso autore. I vari poteri dal cui insieme risulta il diritto morale d'autore hanno tutti, come obbiettivo punto di riferimento, questo bene d'indole personale e morale. Mentre l'opera dell'ingegno, una volta venuta in essere, costituisce un'entità staccata dalla persona che l'ha creata, esteriore rispetto ad essa, la paternità intellettuale è un attributo costante di questa stessa persona, un suo intrinseco ed indissolubile modo di essere

De Cupis, op. cit., 1961, p. 176.

spetta ai medesimi soggetti indicati nell'art 23; il diritto di pubblicare le opere inedite, regolato negli artt. 24 e 121"⁴⁴⁴.

Tra i diritti a questo connessi vi è il diritto di pubblicare, riprodurre o comunque portare a conoscenza del pubblico corrispondenze epistolari, memorie familiari e altri scritti della stessa natura, qualora abbiano carattere confidenziale o si riferiscano all'intimità della vita privata (art. 93); il diritto di riprodurre o mettere in commercio il ritratto del defunto (art. 96).

Tra gli altri: "il diritto di reagire all'abuso dell'immagine altrui ex art. 10 c.c.; il diritto di consentire che il ritratto sia brevettato come marchio, diritto che l'art. 21 r.d. 21 giugno 1942, n. 929, attribuisce, dopo la morte del ritrattato, al coniuge e ai figli, e, in loro mancanza o dopo la loro morte, ai genitori e agli altri ascendenti, e, in mancanza o dopo la morte anche di questi ultimi, ai parenti fino al quarto grado incluso; il diritto di essere riconosciuto autore dell'invenzione, del quale, dopo la morte

⁴⁴⁴ Così Greco-Vercellone, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, nel *Tratt. Di dir. civ. it.* diretto da Vassalli, Torino, 1974, n. 34 ss., p. 103 ss., e n. 54, p. 176, nota 2. Per quanto concerne il dibattito se il diritto morale d'autore o, meglio, il complesso dei diritti che lo compongono, rappresenti un diritto soggettivo autonomo o soltanto un aspetto del diritto d'autore, il quale dovrà intendersi, al contrario, unitariamente, comprensivo sia dei poteri di carattere personale sia di quelli di natura patrimoniale, prevale nella nostra dottrina, confermato anche dalla legge sul diritto d'autore, l'orientamento secondo cui sarebbero distinguibili due diritti soggettivi diversi all'interno del diritto d'autore: il diritto patrimoniale e il diritto morale d'autore. Così fra i tanti: Auletta G.G., Pugliatti, De Cupis, Santini. Secondo altri, invece, il diritto d'autore costituirebbe un diritto unitario, a prevalente contenuto, ad avviso di alcuni, patrimoniale (Ascarelli T.), personale ad avviso di altri (Gierke, Candian). Si tratta delle c.d. teorie "monistiche". Per altri, esso consisterebbe in una posizione giuridica unitaria costituita da un ampio numero di diritti soggettivi.

dell'autore, in mancanza di designazione da parte di quest'ultimo, divengono titolari, ai sensi del secondo comma dell'art. 7⁴⁴⁵ r.d. 29 giugno, 1939, n. 1127, il coniuge e i discendenti fino al secondo grado, e, in loro mancanza o dopo la loro morte, i genitori e gli altri ascendenti, e, in mancanza o dopo la morte anche di questi ultimi, i parenti fino al quarto grado incluso⁴⁴⁶.

Il diritto morale d'autore — formula in passato suggerita dalla dottrina e accolta oggi dalla rubrica della corrispondente sezione della legge sul diritto d'autore suddetta (titolo I, capo III, sezione II) — è così definito in quanto, non avendo come oggetto aspetti patrimoniali, mira a tutelare in via immediata la personalità dell'autore, la sua attività creativa e, in definitiva, il suo stesso modo di essere⁴⁴⁷. “Questa speciale protezione si spiega per la relazione di genesi tra l'autore e la sua opera che dà luogo ad un legame senza confronto più intenso e più stretto di qualsiasi altro che possa esistere tra produttore e prodotto, tra creatore e

⁴⁴⁵ Tale norma delinea il diritto morale dell'inventore, diritto che comprende, oltre al diritto di essere riconosciuto autore del trovato, quello di essere indicato come autore del trovato nel procedimento di brevettazione e quello di essere menzionato ogni volta che il trovato sia fatto oggetto di una descrizione di carattere tecnico-scientifico: così Ubertazzi L.C., *Profili soggettivi del brevetto*, Milano, 1985, p. 227.

Il diritto morale dell'inventore è stato qualificato come diritto della personalità da, tra gli altri, De Cupis, *I diritti della personalità*, cit., n. 231, p. 618; Greco-Vercellone, *Le invenzioni e i modelli industriali*, nel Tratt. Di dir. civ. it. diretto da Vassalli, Torino, 1968, n. 41, p. 142.

⁴⁴⁶ Zaccaria, *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, cit., Padova, Cedam, 1988, p. 174.

⁴⁴⁷ Mauro Di Marzio, *Tutela post mortem del diritto morale d'autore*, in <http://www.personaedanno.it/dirittomoraledautore/tutelapostmortemdeldirittomoraledautoremaurodimarzio>

creatura, perché è nell'opera che si riflette ciò che vi è di più intimo, di più caratteristico alla personalità dell'autore"⁴⁴⁸.

Il diritto morale d'autore è dunque oggi comunemente qualificato come diritto della personalità – infatti caratteristica comune ai vari diritti sull'opera a difesa della personalità dell'autore è la loro inalienabilità, tipica appunto dei diritti della personalità ⁴⁴⁹-, anche se non innato e anche se, in un primo tempo, è stato collocato nell'ambito della disciplina del diritto di proprietà (di cui è tuttora traccia l'espressione «proprietà intellettuale»).

Il diritto morale d'autore, come detto, non è innato, non sorge cioè con la persona, ma con la creazione intellettuale. In questo senso si esprime il De Cupis: "il diritto morale d'autore è un diritto privato, corrispondente ad un interesse privato; ed è, inoltre, un diritto della personalità. Tengasi presente, a quest'ultimo riguardo, che la paternità intellettuale, suo oggetto, è un bene interiore della persona ed inseparabile da essa, costantemente compreso nella sua sfera giuridica. Il diritto

⁴⁴⁸ Greco-Vercellone, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, nel *Tratt. Di dir. civ. it.* diretto da Vassalli, Torino, 1974, n. 34 ss., p. 103.

⁴⁴⁹ Greco-Vercellone, op. cit., p. 104, che continuano affermando: "nel caso di specie (l'inalienabilità) si spiega per il rapporto spiritualmente indissolubile tra l'opera e la persona dell'autore .

avente siffatto oggetto è indubbiamente qualificato per potersi classificare tra i diritti della personalità”⁴⁵⁰.

Statuizione espressa per i diritti di paternità dell’opera e all’integrità della stessa (non altrettanto per il diritto al ritiro dell’opera dal commercio) è quella del principio della perpetuità⁴⁵¹. Tuttavia, si osserva⁴⁵², il fatto che il diritto morale d’autore non sia soggetto ad alcun termine di durata, non implica di per sé che esso debba essere perpetuo. Al contrario, trattandosi di diritti della personalità, sembrerebbe logico che essi si estinguessero con la morte del titolare. Ma questa estinzione è prevista solo per il diritto al ritiro dell’opera dal commercio (art. 142 l. a.) che, appunto, può essere esercitato unicamente dall’autore, non dai suoi eredi né dai congiunti superstiti. Infatti il diritto di pubblicare le opere inedite spetta, dopo la morte dell’autore, agli eredi o ai legatari delle opere stesse e, quanto ai diritti rivolti a tutelare la paternità dell’opera o la conservazione della sua integrità, essi possono essere esercitati senza limite di tempo dai parenti indicati nell’art. 23 l. a.

L’azione a tutela di quei diritti può altresì essere esercitata, qualora lo esigano finalità pubbliche, dal presidente del consiglio

⁴⁵⁰ De Cupis, *Diritto all’identità personale, diritti ai segni distintivi personali, diritto morale d’autore*, Milano, 1961, p. 177.

⁴⁵¹ Greco-Vercellone, *op. cit.*, p. 104,

⁴⁵² Greco-Vercellone, *op. cit.*, p. 191,

dei ministri e ciò sia che ancora siano viventi dei congiunti dell'autore tra quelli previsti dall'art. 23 (legittimazione concorrente) sia che la discendenza diretta dell'autore sia ormai estinta”.

Di fronte ad un postumo esercizio di tali diritti, c'è chi qualifica un quest'ultimo come acquisto *iure proprio* di un nuovo diritto e chi, invece, vede nello stesso una successione nel medesimo diritto del defunto.

Si ritiene tradizionalmente che i diritti suddetti si estinguono con la morte del loro titolare, essendo diritti di natura personale⁴⁵³, come autorevolmente si afferma infatti: “il diritto morale d'autore non ha durata superiore alla vita dell'autore: non si estingue prima di essa, ma, d'altra parte, non ha durata più lunga, non essendo trasmissibile neanche per causa della morte dell'autore. Soggiace, dunque, a una regola comune ai diritti della personalità, la cui durata è commisurata alla vita del soggetto”⁴⁵⁴.

Pertanto, il fatto che la legge individui espressamente dei soggetti legittimati a farlo valere dopo la morte del titolare originario si

⁴⁵³ In particolare, per quanto concerne il diritto a rivendicare la paternità dell'opera Ascarelli T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3° ed., Milano, 1960, pp. 667, 761-762; De Cupis, *I diritti della personalità*, nel *Tratt. di dir. civ. e comm.* Diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni cit., 2° ed., Milano, 1982, n. 229, p. 616; Greco-Vercellone, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., n. 107, pp. 306-307; Santini, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959, p. 85, nota 51. Sul diritto a divulgare le memorie familiari: De Cupis, op. cit., n. 134, p. 377; anche per il diritto sul ritratto, De Cupis, op. cit., n. 121, pp. 322-324.

⁴⁵⁴ De Cupis, *Diritto all'identità personale, diritti ai segni distintivi personali, diritto morale d'autore*, Milano, 1961, p. 203.

spiega configurando, in capo a tali soggetti, l'acquisto *iure proprio* di un "nuovo" diritto. Ulteriore conferma di ciò starebbe nella circostanza per cui i familiari, aventi la legittimazione *post mortem* del titolare, si attiverebbero per vedere tutelato un interesse morale "proprio", ossia l'interesse al rispetto della memoria del defunto, perpetuata attraverso l'opera dell'ingegno, la lettera, il ritratto, interesse che sarebbe collegato alla relazione familiare che legava i soggetti legittimati al defunto. In effetti è comunemente ritenuto che non vi sia successione per causa di morte nel diritto morale d'autore, il quale si estingue con l'estinzione del suo titolare⁴⁵⁵.

Come giurisprudenza di merito afferma: "Il diritto morale d'autore si differenzia dagli altri diritti della personalità in quanto, trascendendo la persona fisica, protegge l'identità dell'autore quale si è oggettivata nell'opera, cioè la qualificazione esterna del soggetto come si è fusa nel risultato creativo, per cui è nozione comune che l'opera acquista una vita indipendente da quella dell'autore"⁴⁵⁶. La *ratio* della disciplina *ex art. 23, 1° comma, l. a.*, eccezione alla regola *actio personalis moritur cum persona*, si considera rinvenibile nella sopravvivenza dell'opera all'autore, e l'esercizio dei poteri sorti in virtù dell'opera stessa

⁴⁵⁵ In giurisprudenza, ad esempio: Trib. Roma 2 agosto 1960.

⁴⁵⁶ App. Roma, 16 ottobre 1989, in *Foro it.*, 1989, I, 3201.

resta a soggetti legati al defunto da vincoli familiari: ai congiunti superstiti individuati nel coniuge e nei figli; in loro mancanza nei genitori e negli altri ascendenti e discendenti diretti; in loro mancanza, nei fratelli, sorelle e loro discendenti. La posizione giuridica in cui versano i “congiunti superstiti” si ritiene che vada delineata muovendo dall'intrasmissibilità per causa di morte del diritto morale d'autore. Nel riflettere sulla posizione dei congiunti, ai sensi del citato art. 23, occorre cioè partire dall'osservazione secondo cui “il diritto non spetta a queste persone come successori legittimi: spetta indipendentemente dalla loro qualità di eredi; mentre non spetta agli eredi testamentari”⁴⁵⁷

L'opinione tradizionale ritiene pertanto che sorga in favore di legittimati *post mortem* un diritto nuovo, proprio di questi, non in quanto successori. E ciò sulla base del consolidato, non scritto, principio della patrimonialità della successione e della conseguente intrasmissibilità dei diritti aventi natura personale, quale il diritto morale d'autore.

con la morte, quindi, dell'autore il suo diritto morale si estingue, sorgendo però un analogo diritto, di contenuto approssimativamente coincidente, proprio dei congiunti: “I così

⁴⁵⁷ (Cicu 1961, 70).

detti diritti morali d'autore, contemplati nell'art. 20 della legge speciale [...] competono ai figli dell'autore (ed agli altri congiunti superstiti, nell'ordine indicato nell'art. 23 *iure proprio*, dopo la morte di lui, non *iure hereditario*, giacché, con la morte del soggetto, si estingue ogni suo diritto della personalità”⁴⁵⁸.

Anche il gruppo familiare dei congiunti superstiti, cioè, è sostanzialmente leso, in quanto tale e non solo mediatamente, in virtù del rapporto che lo lega al defunto⁴⁵⁹.

Si ritiene d'altra parte che il richiamo all'interesse di chi agisce non rappresenta un argomento a sostegno della tesi dell'acquisto *iure proprio*. Senza dubbio si deve presumere che i legittimati *post mortem* agiscano al fine di tutelare anche i valori del gruppo familiare insieme alla memoria del defunto. La sussistenza di relazioni familiari intercorrenti tra il defunto e i legittimati *mortis causa* non avvalorano solo la tesi dell'acquisto *iure proprio*, ma anche quella relativa all'acquisto *iure successionis*. Tali relazioni familiari, infatti, possono anch'esse venire poste a fondamento di quel carattere (in senso lato) fiduciario che, si ritiene contraddistingua la successione nei rapporti extrapatrimoniali. Si sostiene infatti la necessità di porre l'attenzione sulla circostanza che “l'individuazione dei legittimati

⁴⁵⁸ Trib. Milano 17.10.1963, DA, 1964, 55

⁴⁵⁹ Trib. Salerno 4. Dicembre 1976, in tema di riservatezza della corrispondenza epistolare.

mortis causa dipende da criteri – la comunione di vita e di affetti, connessa con la relazione di parentela – che appaiono tesi a garantire, fondamentalmente, la “*continuazione*” della persona del defunto. Ciò al fine di porre in luce come, sulla base di tale considerazione, non sembri improponibile, e, anzi, appaia dotata di un sufficiente fondamento l’idea di qualificare i successori – specialmente per quanto riguarda l’esercizio di diritti della personalità – come fiduciari (in senso lato si intende) del defunto: come soggetti, cioè, legittimati ad esercitare i diritti personali [...] acquisiti *mortis causa*, nell’interesse del defunto. L’interesse del defunto, precisabile attraverso la considerazione della condotta da questi tenuta in vita, costituisce un semplice punto di riferimento per l’attività dei legittimati *mortis causa*, e, pertanto, non implica il riconoscimento, al defunto medesimo, della qualità di soggetto giuridicamente ancora esistente. Per questo motivo, ci pare non condivisibile la posizione di (chi)⁴⁶⁰ ritiene non accettabile l’idea di individuare, nei legittimati *mortis causa*, dei fiduciari del defunto, sulla base dell’osservazione che, in tale prospettiva, risulterebbero aggirati i principi sulla capacità

⁴⁶⁰ Schwerdtner, *Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung*, Berlin, 1977, p. 110.

giuridica, che fissano il momento finale di tale capacità in quello della morte del soggetto”⁴⁶¹.

Inoltre, non sembra potersi addurre a sostegno della tesi che vede nell’esercizio del diritto morale d’autore un acquisto *iure proprio* in capo ai legittimati *post mortem*, la circostanza che, nell’individuare i chiamati *mortis causa*, le norme relative non menzionano, salvo il caso del diritto di pubblicare l’opera inedita, “gli eredi”. Infatti, che siano chiamati i familiari, piuttosto che gli eredi, può far pensare alle c.d. “vocazioni anomale”⁴⁶². Secondo quanto affermato in precedenza, neppure l’argomentazione relativa al principio di esclusiva patrimonialità della successione *mortis causa*, e al relativo corollario della intrasmissibilità dei rapporti extrapatrimoniali andrebbe a sostegno della tesi dell’acquisto *iure proprio*. Pertanto, “la circostanza che i rilievi compiuti per suffragare la concezione dell’acquisto *iure proprio* non possano considerarsi decisivi, induce, di conseguenza, ad

⁴⁶¹ Zaccaria, *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall’unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padova, Cedam, 1988, p. 92.

⁴⁶² Così chiamate per sottolineare la loro natura di eccezione rispetto al principio di “unità” della successione. Si tratta cioè di successioni nelle quali, con riferimento a determinati beni, si verifica una deroga ai criteri generali della successione legittima. Infatti, il principio di unità delle successioni sancisce che i diritti patrimoniali del *de cuius* la cui destinazione non sia stata espressa in una manifestazione di volontà testamentaria, devono essere assegnati ai soggetti (eredi) individuati in base alle norme della successione legittima, a prescindere da qualsiasi considerazione circa la loro origine o il loro contenuto specifico. Per l’accoglienza comune e pacifica del principio di unità della successione nel nostro ordinamento, DE Nova, *Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni alla produzione agricola*, in *Riv. dir. agr.*, 1979, pp. 509-510. La questione delle successioni anomale è stata ampiamente affrontata da Galasso, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, cit., Napoli, 1974, p. 175 ss. e Zaccaria, *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall’unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, cit., Padova, Cedam, 1988, p. 2 ss.

affacciare l'idea che pure l'acquisto *mortis causa* del diritto (morale d'autore) e degli altri diritti in precedenza menzionati avvenga per successione"⁴⁶³.

Inoltre, "ai sensi dell'art. 121 l. a., l'editore, dopo la morte dell'autore, non può procedere alla pubblicazione dell'opera non condotta a termine, anche qualora una parte notevole e in sé compiuta dell'opera medesima già gli fosse stata consegnata, se una volontà contraria alla pubblicazione sia manifestata dai soggetti indicati nell'art. 23 l. a., e cioè da certe categorie di familiari; mentre l'art. 24 l. a. per il caso in cui l'opera sia compiuta, attribuisce il diritto di pubblicarla, se ancora inedita, *post mortem* dell'autore, agli eredi e ai legatari. Pertanto, se la regola dettata dall'art. 121, in quanto riserva ai familiari l'esercizio dei diritti extrapatrimoniali *post mortem* del titolare originario, potrebbe anche essere interpretata in chiave di acquisto iure proprio, l'art. 24, che fa riferimento agli eredi e ai legatari, si muove, invece, indiscutibilmente nell'ottica del fenomeno successorio. Ciò posto, potrebbe sottolinearsi la stranezza della conclusione secondo cui l'acquisto *mortis causa* del medesimo diritto – il diritto di pubblicare l'opera inedita – potrebbe avvenire secondo due diversi meccanismi. Così che, ammesso – e non si vede come si potrebbe essere di contrario

⁴⁶³ Zaccaria, op. cit., p. 176.

avviso, data l'attribuzione del diritto a eredi e legatari – che nell'ipotesi dell'art. 24 l. a. si ha una vera e propria successione, ben potrebbe apparire legittima la conclusione che lo stesso dovrebbe valere per il caso dell'art. 121 della medesima legge. E accolta tale prospettiva, stante il richiamo operato dall'art. 121 all'art. 23 l. a., si potrebbe anche inferire che altresì il diritto disciplinato da quest'ultima norma si acquista per via di successione, e che allora, nei medesimi termini dovrebbero essere interpretate, se non altro per coerenza sistematica, pure le altre fattispecie di acquisto mortis causa di diritti extrapatrimoniali regolate nella legge sul diritto d'autore, nella legge sui brevetti per marchi d'impresa e nella legge sui brevetti per invenzioni industriali”⁴⁶⁴.

In conformità a un tale orientamento, in giurisprudenza si sostiene che estintosi con la morte il diritto morale d'autore, l'art. 23 l. a. legittimerebbe «determinate categorie di eredi» a far valere quel medesimo diritto⁴⁶⁵ e che «non tutte le facoltà comprese nel diritto morale d'autore possono trasmettersi agli

⁴⁶⁴ Zaccaria, op. cit., p. 177.

⁴⁶⁵ Trib. Padova 15 dicembre 1955 ove si discorre di «eredi» che agirebbero «quali continuatori della personalità morale dell'autore»,

eredi, bensì solo quelle che possono essere esercitate senza necessità dell'apporto personale e diretto dell'autore»⁴⁶⁶.

Dalle considerazioni poc'anzi esposte, emerge sostanzialmente la non univocità ermeneutica relativamente al diritto morale d'autore, ossia quanto meno la possibilità di aprire alla interpretazione dell'esercizio di questo diritto in termini di acquisto "*iure successionis*", accanto a quella, finora dominante, in termini di acquisto "*iure proprio*".

5) LA TEORIA DELLA SUCCESSIONE NEI DIRITTI DELLA PERSONALITÀ

Ci si chiede se una tale possibilità valga solo per il diritto morale d'autore o se sia estensibile anche agli altri diritti non patrimoniali⁴⁶⁷? Possono trarsi principi generali sul trattamento *post mortem* di tutti i diritti extrapatrimoniali?

⁴⁶⁶ Cons. St. 26.7.2001, **RGE**, 2001, I, 1222.

⁴⁶⁷ Difficilmente inquadrabili nella costruzione di acquisto *iure proprio* di un nuovo diritto sono ad esempio anche le ipotesi in cui dopo la morte del titolare originario certi soggetti risultino legittimati a proseguire il giudizio già promosso da costui. È il caso ad esempio della dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità ex art. 270 c.c., ove al III comma si dice che: "L'azione promossa dal figlio, se egli muore, può essere proseguita dai discendenti". È certamente difficile, si afferma, sostenere che in tali situazioni i legittimati successivi acquistino *iure proprio* un nuovo diritto, in quanto essi non solo si vengono a trovare in una posizione identica a quella di colui che aveva promosso l'azione, ma "proseguono lo svolgimento dell'azione stessa, senza soluzione di continuità processuale". Così Zaccaria, op. cit., p. 67.

Il principio generale per antonomasia è senza dubbio costituito dal «ruolo che il gruppo familiare è chiamato a svolgere quale “luogo” che è originaria e naturale sede di una comunione basilare di vita e di affetti⁴⁶⁸. Proprio il principio che riserva ai familiari l’esercizio dei diritti extrapatrimoniali *post mortem* del titolare originario evidenzia l’importanza di quella comunione, “la cui sussistenza e vitalità fanno sì che nell’ambito della famiglia appunto, possano essere individuati i soggetti maggiormente idonei a “*continuare la persona*” del defunto, ad assumere cioè quella parte di “*fiduciari*” (in senso lato) del defunto stesso che, come visto, caratterizza la posizione dei successori nei diritti e nei rapporti extrapatrimoniali del defunto. La naturale collocazione della tutela post mortale in questione nella comunità familiare appare, del resto, ancora più evidente se si considera che i diritti e i rapporti extrapatrimoniali, con l’acquisto *mortis causa* da parte dei familiari, divengono “patrimonio” del gruppo, non solo nel senso formale per cui la loro titolarità viene acquistata da componenti del gruppo medesimo, bensì anche nel senso, assai più pregnante, per cui essi divengono mezzi per la tutela di quelli che ormai sono anche “valori” propri del gruppo. In vero, non

⁴⁶⁸ Su tale profilo si è particolarmente soffermato Perlingieri, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, I, p. 72 ss.

bisogna trascurare che pure il defunto faceva parte del gruppo familiare; che pur egli con la sua attività, ha contribuito a determinarne l'immagine; che pur egli è stato coartefice di quel complesso di relazioni e di affetti in cui si sostanzia la vita del gruppo che, dopo la sua morte, è chiamato a continuarne la persona»⁴⁶⁹.

Di conseguenza, se principio generale comune a tutta la disciplina post mortale dei diritti extrapatrimoniali è quello che riserva la relativa legittimazione ai familiari, può sostenersi che ciò che consente di dare unitarietà a questa disciplina è “il collegamento, in essa di conseguenza sempre immanente, con la concezione della comunità familiare come luogo primario in cui la persona si sviluppa e i valori da essa espressi possono e debbono, pertanto, essere custoditi”⁴⁷⁰. “In ogni caso, la persona del defunto, nonostante la morte, rappresenta pur sempre una parte della comunità familiare, nel senso che “patrimonio” di quest'ultima, oltre (e forse ancor più) che i diritti patrimoniali, rimangono quei diritti extrapatrimoniali che con la morte non si estinguono. In questa prospettiva si colloca la configurazione come potere-dovere della posizione dei legittimati *mortis causa*”. Infatti, la configurazione dei legittimati *mortis causa*

⁴⁶⁹ Zaccaria, op. cit., p. 251-252.

⁴⁷⁰

relativamente ai diritti della personalità in termini di “potere-dovere”, è senza dubbio l’elemento che più di ogni altro esprime la stretta correlazione tra la tutela postmortale e il sentimento di solidarietà familiare. Pertanto, può concludersi che anche se i diritti della personalità sono disciplinati da principi e regole in parte diversi, nonostante ciò, tutti sono caratterizzati da una “comune ispirazione agli ideali della comunità familiare, che conferisce unità alla complessiva disciplina postmortale dei diritti e dei rapporti extrapatrimoniali”⁴⁷¹.

E se si pone l’accento su tali rapporti di affetto e solidarietà, normalmente propri di una comunità familiare, affetto e solidarietà cui il defunto partecipava, e se si evidenzia il carattere personale dei diritti personali, forse non è azzardato affermare che nella tutela postmortale di quei diritti... si concretizza, alla fin fine, *la continuazione della persona del defunto*”⁴⁷².

L’idea che dopo la morte sopravvivano dei diritti da ritenere sempre connessi “in modo personalissimo” alla sfera del defunto, è stata sostenuta di recente, perfino in materia di danno da morte⁴⁷³. Si fa riferimento, anche in tale materia, quali esempi di sopravvivenza di diritti personali del defunto, strumentalmente

⁴⁷¹ Zaccaria, op. cit., p. 259.

⁴⁷² Zaccaria, op. cit., p. 259.

⁴⁷³ Napoli G.E., *Problematiche connesse al risarcimento del danno a favore dei congiunti della vittima*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, cit., 2012, p. 1131.

invocati al fine di superare l'apparentemente insormontabile ostacolo della perdita della soggettività e della capacità giuridica a causa della morte, alle norme sul diritto d'autore. Tra i diritti personali che sopravvivono dopo la morte viene infatti addotto ad esempio il diritto alla riservatezza ex art. 93 l. a., secondo il quale le corrispondenze epistolari, gli epistolari, le memorie familiari e personali e gli altri scritti della medesima natura, quando abbiano carattere confidenziale o si riferiscano all'intimità della vita privata, non possono essere pubblicati senza il consenso dell'autore, neanche dopo la sua morte, salvo, in questo caso, il consenso del coniuge e dei figli, o, in loro mancanza, dei genitori e, nel caso in cui manchino coniuge, figli e genitori, serve il consenso dei fratelli e delle sorelle e, in loro mancanza, quello degli ascendenti e dei discendenti diretti fino al quarto grado.

La disposizione in questione attribuisce una peculiare rilevanza *post mortem* all'autore, nonostante sia deceduto, tanto da prevedere espressamente che: "è rispettata, in ogni caso, la volontà del defunto quando risulti da uno scritto" senza che, conseguentemente, sia necessaria la formalità del testamento. Allo stesso modo, per quanto concerne i diritti relativi al ritratto, si fa riferimento all'art. 96 l. a. che fa salva in ogni caso la volontà

del defunto. Anche l'art. 24 della medesima legge prevede il diritto di pubblicare le opere inedite in capo agli eredi o ai legatari, salvo che l'autore abbia espressamente vietata la pubblicazione o l'abbia affidata ad altri.

Ecco che emerge un altro essenziale tassello del quadro della tutela *post mortem* dei diritti personali: la rilevanza della manifestazione di volontà del titolare originario sulla sorte postmortale dei suoi diritti personali. Innanzi tutto, deve sottolinearsi che la rilevanza di tale volontà non è prevista esclusivamente dalle disposizioni relative al diritto d'autore, ma la volontà del defunto rileva anche relativamente ad altri diritti della personalità.

Così, è espressamente fatta salva anche dalla “disciplina consuetudinaria del diritto di determinare la destinazione del proprio cadavere, secondo cui ciascun soggetto non solo è libero di scegliere la modalità della propria sepoltura, bensì può anche indicare un soggetto legittimato a curare l'attuazione dei propri desideri al riguardo, oppure un soggetto legittimato a fissare, invece a sua discrezione, le modalità della stessa”⁴⁷⁴.

⁴⁷⁴ Zaccaria, op. cit., p. 253. Di recente, Tribunale di Reggio Emilia, 12 settembre 2013: «Lo *ius eligendi sepulchrum* – cioè, il potere di determinare la località, il punto e le modalità di sepoltura della salma di una persona – spetta alla persona stessa e, solo in mancanza di una disposizione data in vita dal defunto, deve essere riconosciuto ai suoi congiunti (coniuge e parenti prossimi) o, in subordine, agli eredi. La volontà di determinare le modalità della propria sepoltura – anche

Inoltre, anche l'attuale legge sui trapianti, la n. 91 del 1° aprile 1999⁴⁷⁵, che ha abrogato la legge n. 644 del 1975⁴⁷⁶, all'art. 4, rubricato "Dichiarazione di volontà in ordine alla donazione", al primo comma sancisce che: "Entro i termini, nelle forme e nei modi stabiliti dalla presente legge e dal decreto del Ministro della sanità di cui all'articolo 5, comma 1, i cittadini sono tenuti a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo successivamente alla morte, e sono informati che la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione, secondo quanto stabilito dai commi 4 e 5 del presente articolo".

Per quanto concerne invece la disciplina delineata sempre in materia di rianimazione e trapianti dall'abrogata legge 2 dicembre 1975, n. 644, l'art. 6⁴⁷⁷ vietava il prelievo "quando in vita il soggetto abbia esplicitamente negato il proprio assenso", e,

attraverso un mandato *post mortem* può essere manifestata in qualsiasi forma e può risultare anche da elementi indiziari». Tra i precedenti: T.A.R. Salerno, sez. II, 14/07/2008, n. 2133; Cons. di Stato, sez. V, 08/03/2010, n. 1330; T.A.R. Catanzaro, sez. I, 04/02/2009, n. 100; Cons. di Stato, sez. V, 17/11/2006, n. 6728; T.A.R. Veneto, sez. III, 26/09/2006, n. 3074; Cass., 29/09/2000, n. 12957; T.A.R. Catania, sez. III, 29/01/2009, n. 243; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 2 aprile 2010, n. 5618.

⁴⁷⁵ Recante "Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti"; essa costituisce la normativa più recente sui trapianti d'organo, integrata dalla legge del 16 dicembre 1999 sul trapianto parziale di fegato (trapianto da vivente) e dal decreto legge dell'8 aprile 2000 in materia di prelievi e trapianti di organi e tessuti. Lasciando del tutto invariata la legge n. 578 del 29 dicembre 1993, sull'accertamento della morte, questa nuova legge ha introdotto delle norme del tutto nuove sulla manifestazione della volontà di donazione ed ha messo ordine sull'organizzazione di prelievi e trapianti.

⁴⁷⁶ Recante la "Disciplina dei prelievi di parti di cadavere a scopo di trapianto terapeutico e norme sul prelievo dell'ipofisi da cadavere a scopo di produzione di estratti per uso terapeutico"

⁴⁷⁷ Nannini, op. cit., p. 20.

non ricorrendo quest'ultima ipotesi, anche quando "intervenga da parte del coniuge non separato, o in mancanza, dei figli se di età non inferiore ai diciotto anni, o, in mancanza di questi ultimi dei genitori, in seguito a formale proposta del sanitario responsabile delle operazioni di prelievo, opposizione scritta entro il termine previsto nell'art. 3, primo comma, e nell'art. 4, secondo comma". La sostanziale differenza tra le due leggi sta proprio nella circostanza che ora il soggetto esprime direttamente la sua volontà, che non può essere scavalcata, sostituita, ora, neanche dai propri familiari. La decisione è rimessa alla esclusiva volontà del defunto.

Pertanto, soprattutto la nuova normativa sui trapianti pare difficilmente conciliabile con la configurazione del "cadavere quale referente oggettivo di una protezione che troverebbe la sua *ratio* nel rispetto dovuto al sentimento di *pietas* dei congiunti del defunto e più ampiamente dell'intera collettività"⁴⁷⁸. Se così fosse, il riferimento alla volontà manifestata in vita dal defunto avrebbe dovuto rappresentare un "mero" precetto morale, senza però mai elevarsi al rango di norma giuridicamente vincolante. Si

⁴⁷⁸ Nannini, op. cit., p. 16; Gabrielli, *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà verso i defunti*, Milano, 1961 p. 356 ss.; Chiarotti, voce *Defunti (delitti contro la pietà)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 896 ss.; Santoro, *Sentimento religioso e pietà dei defunti*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 1227 ss.; Mantovani, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, p. 343; Nuvolone, *Antinomie fossili e derivazioni nel codice penale italiano*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale – Studi*, I, Padova, 1969, p. 703 ss., spec. P. 711.

rivela perciò più coerente “collocare il cadavere all’interno dei valori della *persona*, non già alla luce di una qualche soggettività del defunto, ma più semplicemente di una continuità – sia per l’omogeneità dei valori protetti, sia per la *ratio* della tutela – tra corpo vivente e corpo morto”⁴⁷⁹. Infatti il potere riconosciuto al soggetto in relazione al corpo morto si modella – sia per quanto riguarda il fondamento di tutela, sia per gli eventuali limiti alla stessa – sullo stesso potere riconosciuto in relazione al corpo vivente⁴⁸⁰; inoltre, il venir meno del riferimento alla funzione “sostitutiva” assegnata ai congiunti del defunto non è altro che il riflesso della persistenza, ancor più forte di prima, oltre la soglia della vita, di un tale potere del titolare originario”.

Emerge chiaramente che l’interesse “individuale” all’integrità del corpo oltre la morte – riconosciuto alla persona poi deceduta – gode di un rispetto tale da consentire il sacrificio della salute di altri soggetti, la cui vita dipenda dal trapianto stesso.

Pertanto, la *ratio* a fondamento del principio di indisponibilità si ritiene sia il rapporto di continuità tra corpo vivente e cadavere.

Il trattamento del corpo al di là della morte sembra incentrarsi

⁴⁷⁹ Nannini, op. cit., p. 18-19.

⁴⁸⁰ Pesante, voce *Cadavere (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, pp. 769-770; Nannini, *Il consenso al trattamento medico*, Milano, 1989, p. 395: “L’atto con cui la persona determina la destinazione del proprio cadavere è un negozio di ultima volontà, unilaterale, e revocabile fino alla morte. Tale negozio può assumere la forma testamentaria...; ma non è necessario che l’assuma, dato il principio della libertà della forma; e per questo stesso principio, non è vincolato nemmeno alla forma scritta”. Allo stesso modo, Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 146 ss.

sul presupposto che tale “realtà” permanga nell’ambito dei valori della persona e che si estendano alla spoglia mortale alcuni tra i principi che, nello statuto della persona umana, ne tutelano il corpo vivente. Dopo la morte, “il corpo dell’uomo non si configura certo quale sostrato materiale di una soggettività o di una personalità, ovvero di una capacità giuridica “parziale” ascrivibili al defunto, bensì quale termine di riferimento di un quadro di protezione che, pur se commisurato alla persona vivente, si collega però a valori – quali, ad esempio, l’identità e la dignità – destinati a non estinguersi con la dissoluzione della soggettività e che trovano nel corpo, anche oltre la morte, un loro precipuo, seppur non esclusivo tramite”⁴⁸¹.

Infatti, nel valutare, ad esempio, la liceità del trapianto, il principio che sancisce la “sacralità” del corpo in attuazione del valore della dignità umana, e cioè il principio del *noli me tangere*, va ben oltre i confini della vita, prevalendo, nel bilanciamento con le esigenze terapeutiche.

Se è vero che vi sono dei valori destinati a non estinguersi con il venir meno del soggetto e che trovano nel corpo, anche oltre la morte, un loro “precipuo”, ma “non esclusivo tramite”, ci si

⁴⁸¹ Nannini, *Valori della persona e definizione legale di morte*, Padova, 1997, p. 76; al riguardo, v. in particolare: art. 597, 3° comma, c.p.; artt. 23, 93, 2°, 3°, 4°, comma, 96, l. 22 aprile 1941, n. 633 (*Protezione del diritto d’autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*), volti a tutelare, rispettivamente, la memoria, il diritto morale d’autore, i diritti relativi alla corrispondenza epistolare, i diritti al ritratto della persona scomparsa.

chiede se l'esistenza di un rapporto di continuità nel trattamento del corpo, di qua e di là dalla soglia della morte, sia espressione di "un più vasto principio destinato ad informare l'intero sistema"⁴⁸² di tutela postmortale dei valori della personalità"⁴⁸³. «La disciplina concernente la tutela postmortale dei valori della personalità echeggia – per quanto concerne sia il significato attribuito alla volontà manifestata in vita dal soggetto, sia la funzione "sostitutiva" riconosciuta ai familiari del defunto, limitatamente alla destinazione del cadavere, data la modifica apportata alla normativa sui trapianti – la disciplina relativa al cadavere. Infatti, come il trattamento del corpo morto trova ragione nella persistenza, oltre la soglia della vita, dei valori inerenti al corpo vivente, così la tutela postmortale degli interessi personali potrebbe trovare ragione nella persistenza dei valori della persona umana»⁴⁸⁴. «Le norme previste in materia di onore, di diritto morale d'autore, di ritratto, ovvero di corrispondenza epistolare, possono configurarsi come "frammenti" di un principio - il rispetto della dignità umana – suscettibile di ulteriori e più ampie concretizzazioni. Di qui la

⁴⁸² «Un *sistema* vero e proprio, anche se non pensato e voluto come tale dal legislatore – dati i suoi episodici interventi in materia – ma un sistema ricostruito dall'interprete nella sua legittima e, anzi, imprescindibile opera di razionalizzazione e *reductio ad unitatem*, per quanto possibile, del non di rado informe materiale normativo», così Zaccaria, op. cit., p. 258.

⁴⁸³ Nannini, op. cit., p. 86.

⁴⁸⁴ Così Nannini, ult. op. cit., p. 86; ad esempio, in riferimento all'onore, Florian, *Ingiuria e diffamazione*, Milano, 1939, spec. P. 36; Messina, *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, Roma, p. 45 ss.; Eichler, *Personenrecht*, Wien-New York, 1983, spec. P. 165 ss.

possibilità di asseverare la persistenza, oltre gli estremi limiti dell'esistenza umana, di altri interessi... senza necessità di postulare, a tal fine, una soggettività ovvero una capacità giuridica “parziale” ascrivibili direttamente al defunto»⁴⁸⁵.

Di fronte alle manifestazioni di volontà del defunto ecco che emerge un dovere di custodia della memoria di quest'ultimo. Il fatto che i legittimati *mortis causa* siano chiamati a interpretare la memoria del defunto, a “proseguirne la persona”, agendo così come (si deve presumere) lo stesso defunto avrebbe agito, nell'ambito di quella relazione - in senso lato – fiduciaria, che contraddistingue la successione *mortis causa* nei diritti personali.

⁴⁸⁵ Nannini, ult. op. cit., p. 86.

Inoltre, ci si è chiesti se anche la possibilità per il titolare originario di decidere la sorte *post mortem* dei suoi diritti personali attraverso una propria manifestazione di volontà, possa essere elevata a principio generale valevole per la tutela postmortale di tutti i diritti non patrimoniali, non solo per i casi nei quali tale possibilità sia espressamente prevista.

Ma al di fuori del diritto d'autore, la volontà del defunto è espressamente fatta salva anche dalla “disciplina consuetudinaria del diritto di determinare la destinazione del proprio cadavere, secondo cui ciascun soggetto non solo è libero di scegliere la modalità della propria sepoltura, bensì può anche indicare un soggetto legittimato a curare l’attuazione dei propri desideri al riguardo, oppure un soggetto legittimato a fissare, invece a sua discrezione, le modalità della stessa”⁴⁸⁶.

Anche a voler abbracciare una tale teoria, che senza dubbio ha avuti i suoi meriti: quello di saziare un bisogno di giustizia non dimenticando e preservando una rilevanza giuridica *post mortem* a ciò che la persona è stata, quello di prendere coscienza dell’esistenza di limiti concettuali nel nostro ordinamento, saldamente radicati, quello di tentare coraggiosamente di superarli... tuttavia, dinnanzi al principio di riserva della

⁴⁸⁶ Zaccaria, op. cit., p. 253.

legittimazione ai *familiari*, dinnanzi all'idea di comunità familiare - luogo primario in cui la persona si sviluppa e i valori da essa espressi "possono" e "devono" essere custoditi - concepita quale "collante" dell'intera disciplina, dinnanzi alla conseguente configurazione della posizione dei familiari legittimati in termini di "*potere-dovere*", in senso lato *fiduciari*, espressione dello stretto nesso tra tutela *post mortem* e solidarietà familiare e dinnanzi a una protezione che si giustifica nell'essenza (persistenza) del defunto quale parte della comunità familiare stessa con tutti i suoi beni, materiali e immateriali, ravvisiamo l'incompatibilità o meglio l'inidoneità a servire quale mezzo per assicurare la risarcibilità del danno tanatologico, ossia del danno da perdita della vita, in tutti quei casi in cui l'erede non sia anche congiunto. La lacuna sta lì ove difetta lo stretto vincolo familiare che caratterizza la relazione tra congiunti e che legittimerebbe la funzione sostitutiva degli stessi, garantendo la continuazione della persona del defunto, agendo come si presume che il defunto avrebbe agito.

Questa concezione non guarda all'erede, soggettivamente inteso, ma al titolo, ossia alla successione ereditaria nel diritto, in capo ai familiari, a prescindere dalla loro qualità di eredi, ma solo e soltanto in quanto congiunti... è il vincolo familiare che legittima

la successione nei diritti extrapatrimoniali, non la soggettiva qualità di erede che è irrilevante. Perciò pur superando l'ostacolo della perdita della capacità giuridica lasciando sopravvivere diritti personali *post mortem*, incontra altri ostacoli e limiti per quanto concerne la sua estensibilità agli altri diritti extrapatrimoniali.

Non può non emergere la problematicità dell'ammissione della risarcibilità *iure hereditatis* del danno tanatologico.

Barbara Di Giacinto

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

Alpa, G., *Lesione del diritto alla vita e "danno biologico da morte"*,
in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, 153 ss.

Alpa, nota a Cass. civ., 11 novembre 1986, n. 6607 in *Giust. civ.*,
1987, I, 573;

Alpa G.-Bessone M., *La responsabilità civile: rassegna di dottrina
e giurisprudenza*, diretta da Alpa e Bessone, Utet, Torino, 1987.

Amato, *Il nuovo cammino del danno biologico da morte: Il trauma
affettivo è un danno non patrimoniale*, con nota a Corte cost., 27
ottobre 1994, n. 372 in *Giur. cost.*, 1995.

Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, XII ed., Napoli, 1954, p.
43.

Ascarelli T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3°
ed., Milano, 1960, pp. 667, 761-762;

Ballarini, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del
concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura
"integrata" dell'art. 1 c.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, fasc. 3, pt. I, p.
1159 ss.

Barassi, *Le successioni per causa di morte*³, Milano, 1947, p. 30.

Bargagna, *Il commento del medico legale*, 362 ss in AA.VV., *La valutazione del danno alla salute*, a cura di M. Bargagna e F.D. Busnelli, III ed., Padova, 1995, 347 ss.

Baudry-Lacantinerie e Barde, *Des obligations*, vol. III, parte 2.^a, n. 2284, p. 1118.

Betti E., *"In iure cessio hereditatis"*, *"successio in ius"* e titolo di "heres", in *Studi in onore di Solazzi*, Jovene, 1948, 602.

Bianca, *Diritto civile*, 2, Milano, 1981, p. 307 ss.

Bianca, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica – I soggetti*, Milano, 1990, pp. 203-204.

Bianca, *Danno non patrimoniale da perdita della vita: il rinvio alle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 500.

Bianca, *Il danno da perdita della vita*, in *Vita not.*, 2012, p. 1497 ss.

Bianca, *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della Cassazione attesa da tempo, (dedicato alla memoria di Francesco Galgano)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 493 e ss.

Biondi B., *Diritto ereditario romano*, Giuffrè, 1954, 36.

Blondel, *La transmission a cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux a caractere personnel*, Paris, 1969, p. 178;

Bohmer, *Einleitung und Erläuterungen zu § 1922*, in *J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Fünftes Buch, Erbrecht*, Berlin, 1954, 151, p. 256.

Bona, *Diritto alla vita e risarcimento iure successionis dei danni biologico e morale*, nota a Cass. 24 aprile 1997, n. 3592 in *Giur. it.*, 1998, I, 1589.

Bona, *Sofferenza esistenziale da agonia pre-morte e "loss of life" de iure condendo: il nuovo approccio della S.C.*, in *Danno e resp.*, 2001, 862, nt. 28

Bona, nota a Cass., 2 aprile 2001, n. 4783, in *Danno e resp.*, 2001, 820.

Bona, nota a Cass., 1 dicembre 2003, n. 18305, in *Danno e resp.*, 2004, 143.

Bona, *Danni da morte iure successionis: la Cassazione valorizza il «danno biologico terminale», mentre la giurisprudenza di merito mantiene aperta la questione del «danno da perdita di vita»*, nota a Trib. Santa Maria Capua Vetere, 14 gennaio 2003, in *Giur. it.*, 2004, 3;

Bonelli, *Le assicurazioni sulla vita e le assicurazioni contro gli infortuni di fronte all'art. 453 c.c., Legge, 1890, II, 64.*

Bonelli, *Del fallimento*, parte 1^a, n. 224, p. 382, nota 9

Bonlini, *Nozioni di diritto ereditario*, Torino, 1986, p. 8 ss.

Bonlini, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 481 ss.

Bordon, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1847

Burdese, voce *Capacità (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 1;

Busnelli, *Il commento del giurista*, 353 ss. in AA.VV., *La valutazione del danno alla salute*, a cura di M. Bargagna e F.D. Busnelli, III ed., Padova, 1995, 347 ss.

Busnelli, *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milano, 1964, pp. 90 ss., 155 ss.

Busnelli F.D., *Figure controverse di danno alla persona nella recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 1990, 469 ss.

Busnelli F.D., *Capacità in genere*, in *Lezioni di diritto civile*, Napoli, 1990, 89.

Busnelli F. D., in *Illecito Civile*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991.

Busnelli F.D., saggio *Il diritto delle persone*, nel volume *I cinquant'anni del codice civile*, Milano, 1993, I, 105 ss.

Busnelli F.D., *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 533 ss.

Busnelli F.D., *Persona umana e dilemmi della bioetica: come ripensare lo statuto della soggettività*, testo della relazione svolta al Convegno di studi sul *Ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa* (Messina, 29 settembre 2005), pubblicata sulla rivista *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, 245 ss., in partic. 256.

Caputi, nota a Trib. Venezia, 15 marzo 2004, in *Danno e resp.*, 2004, 1210;

Cariota-Ferrara, *Il momento della morte è fuori della vita?*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I.

Carnelutti, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, 17: «*Danno è dunque lesione d'interesse*».

Carnelutti, *Natura del diritto dei superstiti nella legge degli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, p. 402 ss.

Carnelutti, *Infortuni sul lavoro*, vol. II, Roma, 1914, p. 126 ss.

Carnelutti: *Personalità giuridica e autonomia patrimoniale nella società e nella comunione*, *Riv. del dir. comm.*, 1912, I, 86

Carusi, nota a sentenza in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 44;

Caso, nota a Cass., 26 ottobre 1998, n. 10629, in *Danno e resp.*, 1999, 305.

Caso, *Incommensurabilità (e, dunque, azzeramento) del “valore della vita”: verso il tramonto del modello restrittivo di risarcimento del danno da morte*, in *Danno e resp.*, 2001, 1022.

Caso, nota a Cass., 2 aprile 2001, n. 4783, in *Foro it.*, 2001, I, 3197;

Cassano G., *Chance di sopravvivenza e danno tanatologico: due figure descrittive a confronto*, in *Vita notarile*, 1, 2011, pp. 71-88.

Castro Y Bravo, *La indemnización per causa di muerte (estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, in *Anuario derecho civil*, 1956, p. 449.

Castronovo, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, pag.156-7

Castronovo, *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1985, p. 69, nota 115.

Castronovo, *“Danno biologico” senza miti*, in *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, Milano, 1991, p. 108,

Cendon-Sapone, *Verso un a nuova stagione (esistenzialista) del diritto privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 247.

Cendon- Gaudino- Ziviz, *Responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 998 ss.;

Cesareo-Consolo, *Trattato del risarcimento del danno in materia di delitti e quasi-delitti*, n. 13, p. 650 ss.;

Chiarotti, voce *Defunti (delitti contro la pietà)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 896 ss.;

Chindemi, D., *Sulla prova del danno biologico da morte “iure proprio”*, nota ad App. Milano, 11 ottobre 1994, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 490.

Chindemi, nota a Cass. civ., 25 febbraio 1997, n. 1704, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 221, con nota di D. Chindemi.

Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale*, II, 1906, pag. 457 ss.

Cicu, *Successioni per causa di morte – Parte gen.²*, Milano, 1961, pp. 69-70.

Coco G.S., *La risarcibilità del danno biologico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, con nota a Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372 in *Giust. Civ.*, 1995, I, 887

Colasanti, nota a Trib. Venezia, 15 marzo 2004, in *Foro it. Rep.* 2004, v. *Danni civili*, n. 253;

Comandè G., in *Resp. civ. prev.*, 1993, p. 348;

Comandè, *Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 899 ss.;

Comandè, nota a Trib. Firenze, 10 novembre 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, c. 81.

Coviello N., *Delle successioni. Parte generale interamente rifatta da L. Coviello⁴*, Napoli, 1935, 269.

Cricenti G., «*Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione*» in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 1268 ss.

Cecchi R., *Unicità del concetto di morte: orientamenti etici, deontologici e legislativi*, GP, 1991, I, 274.

De Cupis, *Diritto all'identità personale, diritti ai segni distintivi personali, diritto morale d'autore*, Milano, 1961, p. 203.

De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, III ed., vol. II, Milano, 1979, 121 ss.

De Cupis A., *La morte umana e il diritto*, *GI*, 1987, IV, 245.

De Cupis, *I diritti della personalità*, nel *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, 2° ed., Milano, 1982, n. 106 ss., p. 94, 268 ss.

D'Amico, *Il danno da emozioni*, Milano, 1992, p. 152 ss.; n. 229, p. 616

De Giorgi M.V., *Corte Cost. 27 ottobre 1994, n. 372: Il danno biologico a causa di morte*

De Giorgi M.V., *Danno alla salute*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, p. 850.

De Giorgi M.V., *Immissioni di rumore e tutela della salute*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 799 ss.

De Giorgi M.V., *Corte Cost. n. 372 del 1994. Il danno biologico a causa di morte secondo la Corte Cost.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, p. 415 ss.

De Giorgi M.V., *Risarcimento del danno da uccisione*, in *Enc. dir.*, 1998.

De Giorgi M.V., *Risarcimento del danno da uccisione*, in *Enc. dir.*, 2008.

De Marzo, nota a Cass. 13 gennaio 1993, n. 357, in *Foro it.*, 1993, I, 1, c. 1897;

Demolombe, *Corso di diritto civile* (trad. it.), XV, 1878, p. 502;
Pacchioni, *Diritto civile italiano*, II, 4, *Dei delitti e quasi delitti*,
Padova, 1940, p. 129 ss.

De Nova, *Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni alla produzione agricola*, in *Riv. dir. agr.*, 1979, pp. 509-510.

De Porcellinis, *Il diritto dei viventi a carico dell'operaio infortunato*, *Riv. di dir. pubbl.*, 1911, 2, 232.

Di Giovanni F., *Sulla risarcibilità "iure hereditario" del danno da uccisione*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1995

Di Gregorio, nota a Cass., 2 aprile 2001, n. 4783, in *Danno e resp.*, 2002, 147.

Di Marzio M., *Tutela post mortem del diritto morale d'autore*, in
<http://www.personaedanno.it/dirittomoraledautore/>
tutelapostmortemdeldirittomoraledautoremaurodimarzio

Dogliotti, *Le persone fisiche*, nel *Trattato di dir. priv.*, diretto da Rescigno, 2, *Persone e famiglia*, I, Torino, 1982, p. 49;

Fabiani, nota a sentenza Cass. Civ., 2 giugno 1992, n. 6676, in *Giur. it.*, 193, L 1, 1308;

Facci, G., *Il risarcimento del danno in caso di uccisione*, Padova, 2005, p. 817 ss.

Fadda e Bensa, *Note al Diritto delle pandette di Windscheid*, libr. II, p. 610

Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 43.

Falzea, voce *Capacità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p.8 ss., *ivi* alla p. 34.

Ferrando, nota a Cass. civ., 11 novembre 1986, n. 6607, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, p. 555

Ferrando, nota a Trib. Milano 14 dicembre 1988, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 783,

Ferrini, *Delitti e quasi delitti*, voce del *Dig. It.*, n. 130, pag. 800

Florian, *Ingiuria e diffamazione*, Milano, 1939, spec. p. 36.

Foffa, nota a Trib. Venezia, 15 marzo 2004, in *Danno e resp.*, 2004, 1210;

Foffa, nota a sentenza, in *Danno e resp.*, 2008;

Forchielli, *Il danno morale al bivio. Irrisarcibilità del congiunto dell'infortunato sopravvissuto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, p. 330 ss.;

Franzoni, *Il danno da uccisione*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza* a cura di Cendon P., *La responsabilità civile*, Utet, Torino, p. 184.

Franzoni, *La liquidazione del danno alla persona*, nel *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia* diretto da Galgano, Padova, 1990, p. 249 ss.;

Franzoni M., *I fatti illeciti*, in *Comm. C.c. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 1993, *sub art. 2057*, p. 1048 ss.;

Franzoni, *Fatti illeciti*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, *Art. 2043-2056-2059*, Bologna, 2004, 584,

Franzoni, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contratto e impresa*, 2009, 1.

Gabba, *Risarcibilità dei danni morali*, *Questioni di diritto civile*, II, p. 225 e ss.; *id.*, *Contributi alla teoria del danno e del risarcimento*, *Nuove questioni di diritto civile*, I, p. 292 e ss.

Gabrielli, *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà verso i defunti*, Milano, 1961 p. 356 ss.;

Gabrielli, *La successione per causa di morte nella riforma del diritto di famiglia*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo*, Atti del Convegno di Verona 14-15 giugno 1985, Padova, 1986, pp. 173-174

Gaio, Inst. III, § 100.

Galasso A., *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, p. 175 ss. e 211 ss.

Galasso A., *Il danno tanatologico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 5, pp. 257-263.

Gentile, *Danni da morte*, in *Enc. dir.*, vol. XX, pag. 669

Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 146 ss.

Giampiccolo, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Scritti giuridici in onore di P. Calamandrei*, V, Padova, 1958, p. 146;

Giannini G., *Il danno alla persona come danno biologico*, Milano, 1986, 125 ss.

Giannini G., *Il danno biologico in caso di morte*, *Resp. civ. prev.*, 1989, 383 ss.

Giannini, *La risarcibilità del danno biologico in ipotesi di lesioni*.

Giannini G., *La risarcibilità del danno biologico in ipotesi di lesioni mortali*, con nota ad App. Roma, 4 giugno 1992, in *Resp. civ. e prev.*, 1992, p. 597;

Giannini, G., *La vittoria di Pirrone*, con nota a Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372 in *Resp. Civ. e prev.* 1994, p. 990.

Giannini-Pogliani, *Il danno da illecito civile*, Milano, 1997, p. 246,

Giannini G., *Il risarcimento del danno alla persona*, Milano, 2000, p. 102.

Giardina F., *Soggettività, capacità, identità. Dialogo con Francesco*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, 2008, p. 125 ss.

Giardina F., *Le situazioni giuridiche soggettive*, in volume I, *Diritto privato II ed.*, Breccia-Bruscuglia-Busnelli-Giardina-Giusti-Loi-Navarretta-Paladini-Poletti-Zana, 2009, Utet, Torino, p. 157-185.

Giuliano, libro LXXXVI digestorum, in D. 9.2.51 pr.,

cit.; in *Giur. cost.*, 1995, con nota di Amato, C., *Il nuovo cammino del danno biologico da morte: Il trauma affettivo è un danno non patrimoniale*, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 887, con commento di Coco,

G.S., *La risarcibilità del danno biologico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*;

Gitter, *Natürliche Personem, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erstes Buch, Allgemeiner Teil (§§ 1-12)*, sub § 1, 61, pp. 78-79.

Greco-Vercellone, *Le invenzioni e i modelli industriali*, nel Tratt. Di dir. civ. it. diretto da Vassalli, Torino, 1968, n. 41, p. 142.

Greco e Vercellone, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, nel Tratt. di dir. civ. it. diretto da Vassalli, Torino, 1974, n. 1 ss., p. 1 ss., n. 34, p. 103, nota 1, n. 40, p. 131, nota 2; pp. 306-307; pp. 344-348; pp.

Grosso e Burdese, *Le successioni*, nel Trattato di dir. civ. it., diretto da Vassalli, Torino, 1977, n. 5, p. 14;

Hazan-Zorzit, *Il risarcimento del danno da morte*, 2009, p. 298.

Irti, *Due saggi sul dovere giuridico*, Napoli, Jovene, 1973, pp. 45 s. e 49.

Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, 2. Aufl. München, 1971, p. 270 ss.;

Krainz-Pfaff, *System des österr. Allg. Privatrechts*, 4.^a ed., II, § 394, p. 328.

Jannarelli A., *Il "sistema" della responsabilità civile proposto dalla Corte costituzionale ed i "problemi" che ne derivano*, in *Giur. it.*, 1995, I, 406,

Jourdain, in *Riv. trim. droit civil*, 2011, p. 444

Laurent, *Principes de droit civil*, XX, n. 534;

Law of Torts, 10.a ed., a cura di W.T.S. Stallybrass, London, 1945, 350.

Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 213; Lipari, *Danno tanatologico e categorie giuridiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p.526

Lipari, *Danno tanatologico e categorie giuridiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p.525.

Lo Vetro, nota a Cass., 18 febbraio 1988, n. 2008 in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 44.

Magnani, *La figura di erede e la qualità ereditaria, comprendenti sia rapporti e diritti patrimoniali sia qualità personali, morali, ideali. Conseguenze ed applicazioni*, in *Riv. not.*, 1998, II, 1049s.

Manenti, *Il contratto di assicurazione sulla vita con designazione di un terzo beneficiario*, *Riv. di dir. civ.*, 1909, 589 e ss.

Manfredi, *Del contratto di assicurazione*, n. 223, p. 294.

Mantovani, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, p. 343.

Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 1979.

Mastroianni S., *La risarcibilità in favore del concepito quale "vittima secondaria" dell'illecito*, in *Resp. civ.*, 2012, p. 276 ss.

Mastropaolo, *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983, p. 60 ss.

Mc Coll Kennedy, *Alive or dead? The Lawyer's view*, in *22 Curr. Leg. Problems*, 1969, 102.

Messina, *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, Roma, p. 45 ss.

Messinetti, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 396

Minozzi, *Studio sul danno non patrimoniale*, § 32 e ss., p. 213 e ss.;

Monateri, *Danno biologico da uccisione o lesione della serenità familiare? (L'art. 2059 visto come un brontosauo)*, in *Resp. civ. prev.*, 1989, 1173 ss. con nota a Cass., 20 dicembre 1988, n. 6938, in *Resp. civ. prev.*, 1989, p. 1173 ss.

Monateri, *Responsabilità extracontrattuale-fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 482 ss.;

Monateri, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, p. 509

Monateri, P.G.- Bona, M., in Monateri, P.G.-Bona, M., *Il danno alla persona*, Padova, 1998, 355 ss.

Nannini, *Il consenso al trattamento medico*, Milano, 1989, p. 395

Nannini, *Valori della persona e definizione legale di morte*, Padova, 1997

Napoli G.E., *Problematiche connesse al risarcimento del danno a favore dei congiunti della vittima*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, cit., 2012, p. 1131.

Navarretta, *Il danno da uccisione supera i confini della salute: verso un'estensione dell'art. 2059 c.c.* con nota a Trib. Massa, 20 gennaio 1989, in *Resp. civ. e prev.*, 1990, p. 613,

Navarretta E., nota a Trib. Verona, 15 ottobre 1990 in *Resp. civ. e prev.*, 1990, p. 1039;

Navarretta, E., *Come risarcire le tre voci di danno quando la vittima muore*, nota a Trib. Monza, 4 aprile 1991, in *Resp. civ. prev.*, 1991, p. 470 ss.;

Navaretta E., *Dall'esperienza del danno biologico da morte all'impianto dogmatico sul danno alla persona: il giudizio della Corte costituzionale*, con nota a Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372 in *Corr. giur.*, 1994;

Navarretta E., *Danni da morte e danno alla salute*, in AA.VV., *La valutazione del danno alla salute*, a cura di M. Bargagna e F.D. Busnelli, III ed., Padova, 1995;

Navarretta E., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, Giappichelli, 1996.

Navarretta E., *Danni da morte e danno alla salute*, in *La valutazione del danno alla salute*, a cura di Bargagna e Busnelli, Padova, 2001, p. 294.

Navarretta N., *I danni non patrimoniali*, Milano, Giuffrè, 2004.

Navarrini, *Se in caso di morte per infortunio dell'operaio assicurato gli eredi conseguano l'indennità iure proprio oppure iure haereditario*, Giur. it., 1896, II, 449.

Nerson, *Le droits extrapatrimoniaux*, Paris, 1939, p. 446 ss.

Nuvolone, *Antinomie fossili e derivazioni nel codice penale italiano*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale – Studi*, I, Padova, 1969, p. 703 ss., spec. P. 711.

Oppo G., «L'inizio della vita umana» *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 499 ss.

Orestano, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, Bologna, Il Mulino, 1978, pp. 115-189.

Pacchioni, *I contratti a favore di terzi secondo il diritto romano e civile*, p. 82

Pacchioni, *Diritto civile italiano – parte seconda, volume quarto – Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940;

Parente, *Legittimazione iure hereditario al risarcimento del danno biologico per decesso*, nota critica a Trib. Roma, 24 maggio 1988, in *Foro it.*, 1989, parte I, col. 892,

Perlingieri, *Introduzione alla problematica della “proprietà”*, Napoli, 1971, p. 95 ss.

Perlingieri, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Napoli, 1972, p. 32 ss.

Perlingieri, *La confusione nelle obbligazioni*, in *Ann. Fac. Giur. univ. Camerino*, XXXVIII (1972), p. 347;

Perlingieri, *Incidenza della programmazione economica sulle situazioni soggettive “del privato”*, in *Dir. econ.*, 1970, p. 3 ss., pubblicato anche in Perlingieri, *Scritti II*, Camerino, 1972, p. 152 e p. 239 ss.

Perlingieri, *Il principio “nemini res sua servit” e la costituzione anticipata di servitù*, in *Riv. dir. agr.*, 1970, p. 305 ss., in Perlingieri, *Scritti II*, cit.

Perlingieri, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, I, p. 72 ss.

Perlingieri, *Rapporto preliminare e servitù su "edificio da costruire"*, Napoli, 1996, p. 189, nota 414

Perlingieri P. e Femia P., *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, 2a ed. amp. riv. e agg., Napoli, 2004, risp. pp. 169 e 112.

Pesante, voce *Cadavere (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, pp. 769-770.

Petti, *Il risarcimento dei danni biologico, genetico, esistenziale*, in *Diritto attuale*, 2002, I, p. 765.

Piatti S., in *Giur. it.* 1987, I, 2042;

Pipia, *Trattato delle assicurazioni terrestri*, n. 522, p. 626.

Pogliani, *Il danno biologico entro ma non oltre i confini della vita*, in *Resp. Civ. prev.*, 1989, 383 e segg.

Pogliani, M., in *Il danno da illecito civile*, di Giannini-Pogliani, Milano, 1997, p. 245 ss.

Ponzanelli, nota a Trib. Firenze, 10 novembre 1993, in *Corr. giur.*, 1994, 103 ss.

Ponzanelli, *La Corte costituzionale e il danno da morte*, nota a Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372 in *Foro it.*, 1994, I, 3297,

Ponzanelli, nota a Cass., 12 luglio 2006, n. 15760, In *Corr. giur.*, 2006, 1375.

Princigli A.M., nota a Cass. civ., 11 novembre 1986, n. 6607, in *Foro it.*, 1987, I, 833.

Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p.64

Pulvirenti, *Risarcibilità del danno alla vita: cosiddetto danno biologico da morte*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1997, p. 658.

Ravazzoni, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, p. 193;

Rebuffat, *Il risarcimento del danno ingiusto tanatologico*, Roma, 1996, Atti seminario Cassazione gennaio 1996.

Rescigno P., *La fine della vita umana*, in *Il diritto e la vita materiale: giornate lincee [sul tema]*, Roma, 1982, pp. 189-230.

Rescigno P., voce *Morte*, in *Dig. it.*,

Rescigno, *Le categorie civilistiche*, in Lipari-Rescigno, *Diritto civile*, I, Milano, 2009, 193 ss.

Ripert, *La prix de douleur*, in *Rec. Dalloz*, 1948, Chr., p. 1;

Riverso R., *Il diritto alla vita appeso al ramo e la svolta risarcitoria*, in *Questione giustizia*, 2014.

Rodolfi, nota a Cass., 12 luglio 2006, n. 15760, in *Resp. e risarcimento*, 2006, fasc. 8, 34.

Rossetti M., *Danno da perdita della vita - Risarcibilità - Ammissibilità o meno*, in *Archivio Relazioni Civili della Corte di Cassazione*, 2012.

Salvi, *Responsabilità extracontrattuale*, in *Enc. dir.* XXXIX, Milano, p. 1258.

Santini, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959, p. 85, nota 51.

Santoro, *Sentimento religioso e pietà dei defunti*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 1227 ss.

Santoro Passerelli, *Dottrine generali del diritto*, 9 ed., Napoli, 1966, 50 ss.

Savatier, *Le dommage mortel et ses conséquences ou point de vue de la responsabilité civile*, in *Rev. trim. Droit civil*, 1938, 193.

Scalfi, *Diritto alla serenità familiare?*, con nota a Trib. Milano del 18 febbraio 1988 in *Resp. civ. prev.* 1988, 454.

Scalfi, *L'uomo, la morte e la famiglia*, con nota a Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372 in *Resp. civ. prev.*, 1994, 982

Scalisi, nota a Cass., 12 luglio 2006, n. 15760, in *Resp. civ.*, 2007, 9;

Scarano, in *La quantificazione del danno non patrimoniale*, 2013

Schipani (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, Milano, 2005, 261.

Sciascia, voce *Capacità giuridica (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 870;

Scognamiglio, *Il danno morale, (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 322 ss.;

Scognamiglio R., in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1996.

Scognamiglio, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 261.

Scotti U., *Il danno da sinistro stradale*, 2010, Giuffrè, p. 437.

Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, Cedam, 2015, p.

Sgroi, voce *Morte*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, 104.

Stefani, *Il risarcimento del danno da uccisione*, Milano, 1984, p. 13 ss.

Sourdat, *Traité generale de la responsabilité*, n. 57 bis;

Stanzione P., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Jovene editore, Napoli, 1975.

Stanzione P., voce *Capacità (dir. privato)*, in *Enc. dir.*,

Stanzione P., voce *Capacità (dir. comparato e straniero)*, in *Enc. dir.*,

Tamburrino G., voce *Capacità (dir. internazionale privato e processuale)*, in *Enc. dir.*,

Toschi Vespasiani, nota a Cass., 12 luglio 2006, n. 15760, in *Resp. civ.*, 2007, 9.

Ubertazzi L.C., *Profili soggettivi del brevetto*, Milano, 1985, p. 227.

Venezian, *Del danno e del risarcimento fuori dei contratti*, 1884/1886, p. 155.

Vidari, *Corso di diritto commerciale*, 4.^a ed., IV, n. 4613, n. 375.

Villani U., *Capacità e diritti delle persone fisiche (dir. internaz. priv.)*, in *Enc. giur.*, IV, 2000.

Viney G., *La responsabilité: conditions*, in *Traité de droit civil*, dir. da J. GHestin, Paris,

Viola L., *Il nascituro ha il diritto di nascere sano, ma non quello di non nascere*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 706 ss.

Viola L., *Il danno tanatologico*, in *Trattato dei nuovi danni, diretto da Cendon P.: Malpractice medica, prerogative della persona, voci emergenti della responsabilità*, vol. II, 2011, Cedam, Padova, pp. 809-831

Visintini G., nota a Trib. Milano del 16 maggio 1988, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 152.

Vivante, in *Trattato di diritto commerciale*, 3^a ed., n. 1993, p. 514; conf. *Assicurazioni*, n. 185, p. 246.

Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, 3^a ed., IV, n. 2000, p. 577.

Voci P., *Istituzioni di diritto romano*, 6a ed., Giuffrè, 2004, 562 ss.

Von Savigny F., *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it., Torino, 1888, II, p. 17.

Westermann, *Das allgeneine Persönlichkeitsrecht nach dem Tode seines Tragers*, in *FamRZ*, 1969, p. 563.

Windscheid, *Diritto delle Pandette*, trad. di Fadda e Bensa, vol. I, parte I, Torino, 1902, p. 211, nota 6.

Wittgenstein, in *Tractatus logico-philosophicus*, Einaudi, 1998, 107.

Zaccaria, *Diritti extrapatrimoniali e successione. Dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padova, Cedam, 1988;

Ziviz P., *Danno biologico e morte della vittima: equivoci vecchi e nuovi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 406;

Ziviz, nota a Cass., 2 aprile 2001, n. 4783, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 555;

Ziviz, *È risarcibile la perdita della vita?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 1032.

Ziviz P., *Ritardo terapeutico e perdita di chances di sopravvivenza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 1, pp. 241-253.

Ziviz P., *Grandi speranze (per il danno non patrimoniale)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 2, pp. 380-397.

Zorzit, *La perdita di chance ed il “danno da morte”: prove tecniche di resistenza e nuovi scenari*, in *Danno e resp.*, 2009, 1122

GIURISPRUDENZA

Corte Costituzionale

Corte Cost., 19 giugno 1956 n. 11.

Corte cost., 28 luglio 1983, n. 252, in *Giust. civ.*, 1516.

Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 392.

Corte cost. 18 dicembre 1987 n. 559, GC, 1987, 3509

Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118, in *Riv. civ. e prev.*, 1996, p. 576.

Corte cost. 29 luglio 1979 n. 87 e n. 88,

Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641.

Corte Cost. n. 561 del 1987.

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

Corte cost. sentenza n. 2840 del 10 marzo 1992

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

Corte Cost., 15 dicembre 2010, n. 355.

Corte di Cassazione

Cass. Sez. Unite 22 dicembre 1925, n. 34375, in *Giur. it.*, 1926, I, 1, c. 224.

Cass. civ. 7 aprile 1959, n. 1011, in *Giust. Civ.*, 1959, I, 1278.

Cass. civ., *Sentenza n. 817 del 02/04/1963* (Rv. 261124)

Cass., 14 giugno 1965, n. 1203.

Cass. civ., 15 ottobre 1971, n. 2215, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 294.

Cass. civ., 21 maggio 1976, n. 1845, in *Resp. civ. prev.*, 1977, 282;

Cass. civ., sentenza n. 31 del 5 gennaio 1979 (Rv. 396042),

Cass. Civile, Sez. terza, sentenza n. 75 del 6 gennaio 1983 (Rv. 424869)

Cass. Civ, sentenza n. 2396/83;

Cass. Civ. sentenza n. 3025/85 ;

Cass. civ. 11 febbraio 1985, n. 1130.

Cass. civ. dell'11 novembre 1986, n. 6607, in *Foro it.* , 1987, I, 833

Cass., 18 febbraio 1988, n. 2008, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 44,

Cass. civ., 20 dicembre 1988, n. 6938, in *Resp. civ. prev.*, 1989, p. 1173

Cass. civ. 15 ottobre 1971, n. 2915

Cass. 13 gennaio 1993, n. 357, in *Foro it.*, 1993, I, 1, c. 1897,

Corte distr. Illinois, 15 novembre 1995 (Sherrod v. Berry, Breen and City of Joillet), in *Foro it.*, 1987, 4, 71 ss..

Cass., 6 ottobre 1994, n. 8177, in *Foro it.*, 1995, I, 1852;

Cass. 14 marzo 1996, n. 2117, in *Resp. civ. prev.*, 1996, 588;

Cass., 26 settembre 1997, n. 9470

Cass. 24 aprile 1997, n. 3592, in *Giur. it.*, 1998, I, 1589,

Cass. civ., 25 febbraio 1997, n. 1704, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 221,

Cass. 18 novembre 1997, n. 11439, in Arch. Giur. circ., 1998, 249;

Cass. 22 maggio 1998, n. 5136, in Foro it., Mass., 1998;

Cass., 30 giugno 1998, n. 6404, ivi;

Cass., 26 ottobre 1998, n. 10629, in Danno e resp., 1999, 305,

Cass., 10 settembre 1998, n. 8970;

Cass. civ., 25 febbraio 2000, n. 2134;

Cass., 2 aprile 2001, n. 4783, in *Danno e resp.*, 2001, 820, in *Foro it.*, 2001, I, 3197

Cass., 9 maggio 2001, n. 10125

Cass., 24 maggio 2001, n. 7075, in *Mass. Giur. it.*, 2001,

Cass., 24 febbraio 2003, n. 2775.

Cass. 14 luglio 2003, n. 11003.

Cass. civ., sez. III., 16 maggio 2003, n. 7632, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 1049,

Cass., 1 dicembre 2003, n. 18305, in *Danno e resp.*, 2004, 143,

Cass., 23 febbraio 2004, n. 3549

Cass., 16 luglio 2004, n. 13163.

Cass., 21 luglio 2004, n. 13585.

Cass., 18 febbraio 2005, n. 3396;

Cass., 23 febbraio 2005, n. 3766;

Cass., 31 maggio 2005, n. 11601;

Cass.n.1139/2006;

Cass., 29 marzo 2006, n. 7145;

Cass., 12 luglio 2006, n. 15760, In *Corr. giur.*, 2006, 1375,

Cass., n.392/2007

Cass., 19 febbraio 2007, n. 3760;

Cass., 2 marzo 2007, n. 6946.

Cass., 15 marzo 2007, n. 5987.

Cass., 4 giugno 2007, n. 12929;

Cass., 6 agosto 2007, n. 17177.

Cass., 28 agosto 2007, n. 18163;

Cass., 19 ottobre 2007, n. 21976 in *Danno e resp.*, 2008, 313,

Cass., n.394/2007;

Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619.

Cass., 19 ottobre 2007, n. 21976;

Cass. civ., 22 luglio 2008, n. 20188;

Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975

Cass., 28 novembre 2008, n. 28433.

Cass., 12 dicembre 2008, n. 29185.

Cass., 13 gennaio 2009, n. 458, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, f. 1.

Cass., 11 maggio 2009, n. 10741.

Cass., 5 ottobre 2009, n. 21223;

Cass., 11 giugno 2009, n. 13530;

Cass., 22 luglio 2009, n. 17101;

Cass., 1 luglio 2009, n. 1540.

Cass. civ., 19 novembre 2009, n. 24432;

Cass. civ., 27 maggio 2009, n. 12326;

Cass., 7 giugno 2010, n. 13672;

Cass., 12 febbraio 2010, n. 3357;

Cass., 8 aprile 2010, n. 8360;

Cass., 18 gennaio 2011, n. 1072, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1021.

Cass., 24 marzo 2011, n. 6754;

Cass. 6 aprile 2011, n. 7844;

Cass., 3 maggio 2011, n. 9700;

Cass., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144.

Cass., n. 11402/2011.

Cass. civ., 28 giugno 2011, n. 14259;

Cass. civ., 9 giugno 2011, n. 12692;

Cass. civ., 7 giugno 2011, n. 12276;

Cass. civ., 9 maggio 2011, n. 10107;

Cass., 7 giugno 2011, n. 12408

Cass., 1 dicembre 2011, n. 25730;

Cass., 16 febbraio 2012, n. 2228.

Cass., 7 febbraio 2012, n. 1716;

Cass., 22 marzo 2012, n. 4542

Cass., 2 aprile 2012, n. 6273,

Cass., 9 maggio 2012, n. 7048.

Cass., 17 luglio 2012, n. 12236.

Cass., 20 novembre 2012, n. 20292;

Cass n.2286/2012;

Cass., 21 marzo 2013, n. 7126;

Cass. 1391/2013;

Cass. 9231/2013;

Cass., 4 giugno 2013 n. 13986;

Cass., 3 ottobre 2013, n. 22585, in Foro it., 2013, 3442.

Cass., 3 ottobre 2013, n. 22601

Cass. civ. sez. III, 13- 23 gennaio 2014, n. 1361

Cassazione Civile Ord. n. 5056 del 4 marzo 2014

Giurisprudenza di merito

A. Brescia, 6 febbraio 1935, Pesenti c. Zambelli, Foro Lomb., 1935, 79.

A. Milano, 13 luglio 1934, Soc. auto-pubbliche Itlaia c. Molinari, Resp. civ.,1935,197.

A. Venezia, 27 luglio 1934, Baschiera c. Finco, Foro Venezia, 1935, 159.

A. Milano,29 novembre 1934, Bresciani c. Marcati, Foro Lomb., 1934, 327

A. Genova, 31 ottobre 1940, Paolicchi c. Bernacca, Temi gen., 1941, 387.

A. Torino, 26 novembre 1940, Ottino c. Borgarelli, *Giur. Tor.*, 1941, 214; *Mon. Trib.*, 1941, 419.

App. Parigi, 8 febbraio 1896 (j. Du P., 1899, 2, 215).

App. Roma, 4 giugno 1992, in *Resp. civ. e prev.*, 1992, p. 597,

App. Roma, 4 giugno 1992, in *Resp. civ. e prev.*, 1992, p. 597.

App. Venezia, 11 febbraio 1993, in *Resp. civ. e prev.*, 1993, n. 984,

Trib. Monza, 30 gennaio 1998, in *Resp. civ.*, 1998, 696 ss.

Trib. Milano, 16 maggio 1988,

T. Milano, 9 maggio 1935, Besana c. Soc. servizi pubblici, *Mon. Trib.*, 1935, 745.

T. Sondrio, 11 dicembre 1952, Gianoni c. Moretti, *Circolaz. e trasp.*, 1953, 512.

T. Trani, 3 marzo 1953, Scommegna c. Lattanzio, Corti Bari, Lecce e Potenza, 1953, 169; *Dir. atom.*, 1953, 585; *Infortuni*, 1954, II, 94.

T. Roma, 1 luglio 1952, D'Aquanno c. Cosmi, *Temi romana*, 1953, 12.

T. Matera, 31 maggio 1952, Baione c. Montesano, *Giur. it.*, 1953, I, 2, 761; *Dir. autom.*, 1953, 573.

T. Roma, 24 aprile 1952, Tavolini c. A.t.a.c., *Dir.autom.*, 1953, 407.

Trib. Napoli, 18 maggio 1988, in *Arch. Giur. circ.*, 1989, p. 789;

Trib. Pen. Milano, 14 dicembre 1988, in *Nuova gir. Civ. comm.*, 189, I, p. 769,

Trib. Monza, 3 luglio 1989, in *Dir. e prat. Ass.*, 1989, p. 861;

Trib. Massa, 20 gennaio 1989, in *Resp. civ. e prev.*, 1990, p. 613,

Trib. Napoli, 6 febbraio 1991, in *Arch. Giur. circ.*, 1991, p. 586;

Trib. Firenze 18 novembre 1991;

Trib. Treviso 5 maggio 1992, in *Resp. civ. e prev.*, 1992, p. 441;

Trib. Roma, 24 maggio 1988, in *Foro it.*, 1989, I, c. 892;

Trib. Massa, 20 luglio 1987, n. 257, ined.

Trib. Roma, 24 maggio 1988, n. 6767.

Trib. Terni, 1 marzo 2008, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1847,

Trib. Milano 12 gennaio 1989, in *Dir. prat. ass.*, 1990, p. 740;

Trib. Roma 11 dicembre 1989, in *Temi rom.*, 1990, p. 171;

Trib. Milano 19 marzo 1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, p. 555

Trib. Milano, 3 febbraio 1992 e 16 luglio 1992, in *Resp. civ. prev.*, 1993, p. 348,

Trib. Milano 26 giugno 1989, in *Riv. giur. circ.*, 1990, p. 405.

Trib. Firenze 10 novembre 1993, n. 2879 (ord.)

Trib. Roma, 25 maggio 1988, in *Resp. civ. prev.*, 1989, p. 135.

Trib. Milano del 18 febbraio 1988 in *Resp. civ. prev.*, 1988, 454

Trib. Milano, 16 maggio 1988, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 152

Trib. Verona, 15 ottobre 1990, in *Resp. civ. e prev.*, 1990, p. 1039,

Trib. Milano, 18 giugno 1990, in *Foro it.*, 1990, I, c. 3498.

Tribunale di Isola d'Elba 26 maggio 1990.

Trib. Verona 15 ottobre 1990, in *Foro it.*, 1991, I, 261; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, p. 357;

Trib. Firenze 10 novembre 1993, n. 2879 (ord.)

Trib. Milano del 16 maggio 1988, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 152;

Trib. Massa, 20 gennaio 1990, ined.,

Trib. Catanzaro, 13 marzo 1989, in *Dir. prat. Sin. Strad.*, 1989, 277.

Trib. Treviso, 13 marzo 1986, in *Nuova giur. comm.*, 1987, I, 132,

Trib. Milano, 16 maggio 1988,

Trib. Milano, 13 maggio 1982, in *Resp. civ. prev.*, 1983, p. 156.

Trib. Venezia, 6 luglio 2009, cit; Trib. Venezia, 15 marzo 2004, cit.

Trib. Cassino, 8 aprile 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 1200,

Trib. Roma, 7 marzo 2002, in *Giur. di Merito*; 2002, p. 981.

Trib. Massa Carrara, 16 dicembre 1997, in *Riv. giur. circ. e trasp.*,
2000,p. 122;

Trib Civitavecchia, 26 febbraio 1996, n. 76, in *Riv. circ. e trasp.*,
1996, 958;

Trib. Roma, 27 novembre 2008, in *Danno e resp.*, 2010, 533 ss.

Trib. Venezia, 15 giugno 2009;

Trib. Venezia, 15 marzo 2004, cit., in *Arch. circolaz.*, 2004, 1013 ss.
e in *Danno e resp.*, 2005, 1137 ss

Trib. S. Maria C.V., 14 maggio 2003,

Trib. Brindisi, 5 agosto 2002;

Trib. Messina 17 luglio 2002;

Trib. Foggia 28 giugno 2002;

Trib. Vibo Valentia, 28 maggio 2001 (in *Danno e resp.*, 2001, 1095
ss.);

Trib. Cassino, 8 aprile 1999, cit., (in *Giur. it.*, 2000, 1200 ss.);

Trib. Massa Carrara, 19 dicembre 1996 (in *Danno e resp.*, 1997, 354 ss.);

Trib. Civitavecchia, 26 febbraio 1996 (in *Riv. circ. e trasp.*, 1996, 958);

Trib. Vasto, 17 luglio 1996;

Pret. Montella, 12 aprile 1996 (in *Nuovo dir.*, 1998, 855 ss.);

Trib. Napoli, 6 febbraio 1991 (in *Arch. circolaz.*, 1991, 586 ss.).

Trib. Cassino, 8 aprile 1999, *Giur. it.*, 2000, p. 1200.

Trib., Santa Maria Capua Vetere, 20 dicembre 2002, In *Arch. circolaz.*, 2003,

Trib. Como, 24 luglio 1991, in *Riv. giur. circolazione*, 1992, 134;

Trib. Messina, 15 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 3494.

Trib. Firenze, 10 novembre 1993, in *Corr. giur.*, 1994, 103 ss. e in *Giur. it.*, 1994, I, 2, c. 81.

Trib. Venezia, 15 marzo 2004, In *Foro it.*, 2004, I, 2256;

Trib. Milano 14 dicembre 1988, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 783,

Trib. Vibo Valentia, 28 maggio 2001, in *Danno e resp.*, 2001, p. 1095 ed in *Foro it.*, 2001, I, c. 3198;

Trib. Santa Maria Capua Vetere, 14 gennaio 2003, in *Giur. it.*,
2004, 3.

Trib. Genova, 15 ottobre 2003, in Rep. Foro it., 2003, Danni civili,
n. 255.