

Marco Rossetti

La maledizione del danno esistenziale: inutile e pericoloso, fa ancora vittime

nota a: Cassazione civile Sez. III, 15 marzo 2005, n. 5624

in Diritto & Giustizia 2005, 13

Una costruzione ambigua che tuttavia trova nuovi adepti

Non me ne vorrà, il professor Francesco Gazzoni, se saccheggio il titolo di un suo prezioso scritto per introdurre il presente, di assai minore respiro: ma il fatto è che pochi lemmi come quello di “maledizione” riescono a riassumere le conseguenze nefaste di costruzioni ambigue e vaniloquenti come quella del cosiddetto “danno esistenziale”.

Una maledizione, perché nonostante la Suprema corte non avrebbe potuto essere al riguardo più chiara, di tale concetto parte della giurisprudenza di merito sembra incapace di liberarsi (sebbene si registrino al riguardo salutari inversioni di tendenza, e la stessa sentenza qui in rassegna - emessa dalla Corte d'appello di Perugia e pubblicata a p. 24 - compie importanti precisazioni al riguardo). Una maledizione, perché genera incertezze e contrasti in una materia che dovrebbe essere improntata al massimo di chiarezza e semplicità: vuoi per rendere conoscibili e, quindi, prevedibili gli esiti delle liti giudiziarie, il che disincentiva le stesse; vuoi per consentire a chi esercita particolari attività potenzialmente fonte di danno, o comunque esposte al rischio di indennizzi (penso all'attività medica, ma anche a quella assicurativa) di pianificare i presumibili costi d'esercizio.

Una maledizione, infine, perché come tutti i sortilegi guasta e scompiglia la sistemazione (sia pur provvisoria e perfettibile) data dal giudice di legittimità alla materia e, senza vantaggi per le vittime, espone l'offensore al rischio concreto di pagare due volte lo stesso danno.

Il caso di specie e il danno da wrongful birth

Il caso deciso dalla Corte umbra aveva ad oggetto una fattispecie più volte sottoposta all'esame della giurisprudenza di merito e di legittimità: l'errore del medico nel valutare il risultato di un esame del feto durante il periodo gestazionale non consente ai genitori di venire tempestivamente a conoscenza dell'esistenza di gravi malformazioni congenite. La madre, di conseguenza, lamenta la lesione del diritto all'interruzione della gravidanza; mentre il padre quella del diritto a partecipare a una corretta pianificazione familiare, e alle scelte che la sottendono.

Il giudice di legittimità, in questi casi, ha in più occasioni ammesso al risarcimento ambedue i genitori, ma non la persona nata con malformazioni congenite, ovviamente non essendo concepibile un diritto di quest'ultimo a non nascere. In simili fattispecie i genitori, per ottenere l'accoglimento della domanda, hanno l'onere di dedurre che, qualora fossero stati tempestivamente informati della malformazione, avrebbero potuto legittimamente esercitare il diritto all'interruzione della gravidanza, sussistendone tutti i presupposti.

Sebbene non sia questo l'oggetto del presente scritto, vuolsi ricordare come nelle controversie in materia (spesso dal forte impatto emotivo, al quale non tutti i giudicanti riescono a restare estranei) l'evoluzione della giurisprudenza abbia messo all'angolo la possibilità del medico di difendersi. E infatti:

a) l'attore non ha l'onere di provare la colpa del medico nell'accertamento e nella diagnosi prenatale, perché la colpa si presume ex articolo 1218 Cc;

b) non è onere della donna provare che, se avesse conosciuto le malformazioni, avrebbe abortito, ma è onere del medico provare che, quand'anche avesse informato la donna, questa avrebbe comunque portato a termine la gravidanza, ovvero non avrebbe corso alcun pericolo di malattia fisica o psichica (presupposto per l'interruzione della gravidanza);

c) la prova sub b), già di per sé assai difficile, è resa pressoché impossibile dall'ulteriore affermazione secondo cui la circostanza che, dopo la nascita del bimbo malformato, la madre non abbia patito malattie fisiche o psichiche, non consente di ritenere per ciò solo dimostrato che, se la corretta informazione fosse stata tempestivamente data, ugualmente la madre non si sarebbe ammalata (per tali principi, si vedano Cassazione civile, terza sezione, 11488/04; terza sezione, 6735/02, in Giust. civ. 2002, I, p. 1490; terza sezione, 2793/99, in Foro it. 1999, I, pag. 1804).

Wrongful birth e danni risarcibili

Comunque sia, nel caso di nascita indesiderata la giurisprudenza ha dovuto quasi sempre fare i conti con la delimitazione, la definizione e la liquidazione dei pregiudizi lamentati dai genitori. I contrasti hanno riguardato innanzitutto il danno patrimoniale (rappresentato, nella specie, dalle spese di mantenimento della prole), giacché in un primo tempo si esclude che potesse costituire "danno" risarcibile l'adempimento di un obbligo di legge, quale quello di allevare ed educare i propri figli (Cassazione 6464/94, in Giust. civ., 1995, I, 767, la quale fa leva anche sul fatto che la legge 194/78 tutela il diritto alla salute della madre, non il suo patrimonio, e dunque la violazione del diritto all'aborto per colpa del medico non può comportare il risarcimento di danni patrimoniali).

Successivamente, però, Cassazione 12195/98, in Danno e resp., 1999, 522, ammise che nel caso di omessa informazione, da parte del sanitario, sulle malformazioni del feto, è risarcibile anche il danno patrimoniale, poiché si versa in tema di inadempimento contrattuale, ed il danno risarcibile deve essere valutato secondo i criteri di cui agli articoli 1223, 1225, 1227 Cc, e dunque ivi compreso il danno emergente patrimoniale.

Non minori incertezze ha suscitato la liquidazione del danno non patrimoniale. Vigente l'articolo 2059 Cc nella sua lettura "originaria", il quale vieta il risarcimento dei danni non patrimoniali al di fuori dei casi previsti dalla legge, la giurisprudenza aveva adottato due opzioni diverse per liquidare comunque il danno da nascita indesiderata. La prima, ampiamente sperimentata con riferimento anche ad altri pregiudizi non patrimoniali (primo fra tutti il danno biologico) fu quella di individuare negli articoli 2 e 29 della Costituzione il fondamento di un diritto soggettivo perfetto, costituzionalmente garantito, alla pianificazione familiare e alla maternità/paternità consapevole. La lesione di questo diritto produrrebbe un pregiudizio di per sé, a prescindere dalle conseguenze dannose ulteriori che ne possano derivare. Il pregiudizio in questione costituirebbe quindi un dan-

no-evento; come tale, si distinguerebbe dal danno morale in senso stretto, che è un danno-conseguenza. Si concludeva, quindi, che il danno di cui discorre non è soggetto al limite risarcitorio previsto dall'articolo 2059 Cc, il quale si applica soltanto al danno morale in senso stretto (così il tribunale Milano 20 ottobre 1997, in Resp. civ. prev., 1998, 1144).

La seconda opzione teorica attraverso la quale si è cercato di risarcire il danno da nascita indesiderata, anche al di fuori delle ipotesi in cui la legge consentiva il risarcimento del danno non patrimoniale, fu quella - per più di un aspetto affine alla prima - di escogitare un pregiudizio ad hoc, chiamarlo "esistenziale", e sostenere che esso era ben diverso dal danno morale. Quindi, trattandosi di due danni diversi, non solo potevano essere liquidati separatamente e cumulativamente, ma soprattutto il primo poteva essere risarcito senza limiti di sorta, in quanto ad esso non si applicava l'articolo 2059 Cc (così tribunale di Civitavecchia, 9 luglio 2003, in Giurisp. romana, 2003, 465; tribunale di Palermo, 3 marzo 2003, in Gius, 2003, 1911; tribunale di Locri, 6 ottobre 2000, in Corriere giur., 6, 2001, 786). Ambedue questi orientamenti presentavano vari punti deboli: in particolare, nessuno di essi spiegava davvero in cosa differissero i pregiudizi morali da quelli - asseritamente diversi - causati dalla nascita indesiderata, e non coincidenti con la malattia della madre o gli esborsi per la cura e l'educazione del figlio malformato. Oggi, comunque, nessuno di essi è più attuale; in linea con la più recente evoluzione della giurisprudenza di legittimità.

L'orientamento più antico, quello del "combinato disposto" (secondo cui, cioè, il danno da nascita indesiderata è risarcibile in base al combinato disposto dell'articolo 2043 Cc e degli articoli 2 e 29 della Costituzione), si fondava su un baldacchino teorico composto dall'armamentario concettuale di una famosa sentenza della Consulta in tema di danno biologico (Cassazione 184/86). Questa sentenza si sforzava di dimostrare quel che (finalmente, molti anni dopo) ci si avvide essere indimostrabile, e cioè che l'articolo 2059 Cc, e i limiti in esso dettati, non disciplina qualsivoglia pregiudizio non patrimoniale, ma solo una aliqua particula eius, e cioè il "danno morale", vale a dire la "sofferenza psichica soggettiva".

Tutti gli altri pregiudizi non patrimoniali erano disciplinati dall'articolo 2043 Cc, ed erano risarcibili senza limite alcuno, a condizione che scaturissero dalla lesione di un diritto soggettivo perfetto. Corollario di tutto questo impianto era che, quando il danno non patrimoniale scaturiva dalla lesione di un diritto soggettivo perfetto costituzionalmente garantito, esso costituiva un danno-evento, cioè un pregiudizio risarcibile sulla base della sua mera esistenza, a prescindere dall'entità e dal numero di conseguenze che ne fossero derivate.

La tesi del danno-evento, già messa in crisi da Cassazione, Sezioni unite, 2515/02 (in "D&G" n. 11/2002 p. 23 con il commento di Alberto Giulio Cianci p. 20 -ndr), è stata definitivamente abbandonata da Cassazione 8827/03. Secondo questo più recente orientamento, "danno" non è la lesione di un diritto; quest'ultima è il semplice presupposto del risarcimento, ma il pregiudizio risarcibile si identifica con la perdita (patrimoniale o non) causata dal fatto illecito. Se questa manca, nessun risarcimento è possibile, quand'anche il fatto illecito dovesse aver leso il più sacro dei diritti. Se, dunque, non la lesione del diritto in sé costituisce il danno risarcibile, ma le concrete conseguenze negative che dal

fatto illecito sono derivate, nel caso di nascita indesiderata non la lesione del diritto alla pianificazione familiare è il danno (questa ne costituirà, semmai, il presupposto), ma il concreto pregiudizio patrimoniale e non patito dai genitori.

Si torna, per questa via, al quesito originario, cui ha cercato di dare una risposta la sentenza qui in rassegna: un bimbo non voluto è un danno risarcibile? E, soprattutto, di che tipo?

Danno morale e “altri danni” non patrimoniali

La sentenza qui in rassegna ha liquidato, a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale, due diverse somme di denaro: una quale ristoro del danno morale; l'altra quale ristoro del danno chiamato esistenziale. L'affermazione viene fondata sul rilievo secondo cui il primo costituirebbe il transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima (e si cita al riguardo le parole di Corte costituzionale 233/03 in “D&G” n. 29/2003 con il commento di Flavio Peccenini p. 38); ovvero la “sofferenza contingente” (e si citano al riguardo le espressioni di Cassazione 8828/03, in “D&G” n. 24/2003 p. 86 con commento di Flavio Peccenini p. 22); il secondo, invece, consiste nella “radicale trasformazione delle prospettive di vita dei genitori, i quali si trovano esposti a dover misurare (...) la propria vita quotidiana, l'esistenza concreta, con le prevalenti esigenze della figlia, con tutti gli ovvi sacrifici che ne conseguono”.

Nel propugnare questa tesi, peraltro, la sentenza mette meritoriamente in evidenza il contrasto tra il decisum di Cassazione 14488/04, la quale proprio in caso di wrongful birth affermò risolutamente che “non esiste la categoria del cosiddetto danno esistenziale, essendo, invece risarcibili le lesioni di specifici valori costituzionalmente protetti”, e la decisione resa da Cassazione penale 2050/04 (Giur. it., 2004, 1025), la quale in un caso di ingiusta detenzione ha riconosciuto il danno esistenziale, aderendo perinde ac cadaver alla ricostruzione proposta al riguardo dalla dottrina favorevole.

È opportuno, pertanto, da un lato saggiare la fondatezza dell'assunto secondo cui “cambiare vita” è un danno diverso dalla “sofferenza morale”; e poi spendere qualche parola sul rilevato contrasto di giurisprudenza.

L'ambiguità su tale questione nasce proprio dalla sentenza 8827/03 della Suprema corte, sopra ricordata, la quale per un verso afferma che tutti i danni sono patrimoniali o meno, e non esistono tertium genera; nel contempo, però, afferma che il danno morale, anche qui inteso quale “sofferenza morale transeunte”, sia “ontologicamente diverso” dai pregiudizi non patrimoniali consistenti nella lesione di diritti della persona di rango costituzionale.

Il danno morale È davvero transeunte? (noterella storica)

La sentenza che precede, come molte altre, fonda la propria decisione sull'assunto che il danno morale differisce da quello definito “esistenziale” perché il primo è transeunte.

Che il danno morale consista nella “transeunte sofferenza morale” la Cassazione lo ha affermato, la Corte costituzionale lo ha ribadito, molti giudici di merito lo hanno ripetuto.

Peccato, però, che nessuno abbia mai spiegato da quale testo normativo o da quale principio generale possa trarsi questa conclusione. E soprattutto peccato che nessuno abbia mai sentito almeno l'esigenza di spiegare perché mai il danno morale debba essere “per verità di fede” transeunte.

Può dunque essere utile, per sondare l'esattezza di questa (immotivata) opinione, provare a scovarne l'origine: operazione non facile, giacché - a causa dell'assenza assoluta di motivazioni nelle decisioni giurisprudenziali che qualificano il danno morale come transeunte - è stato necessario risalire molto indietro nella trama degli studi sul danno morale. Degli studiosi formati sul Code Napoleon, nessuno mai dubitò che il danno non patrimoniale potesse essere tanto transeunte, quanto duraturo: e in tal senso veniva interpretato l'aggettivo "qualunque" che compariva nell'articolo 1384 Code Napoleon (così, Laurent, "Principii di diritto civile", XX, Milano, 1898, 315 e ss.; Sourdat, "Trattato generale della responsabilità", II, Napoli, 1853, 51 e ss.; ma si veda anche Gioja, "Dell'ingiuria", Milano, 1829, 258 e seguenti).

Poi, sul finire dell'Ottocento, alcuni autori cominciarono a mettere in dubbio la risarcibilità tout court del danno morale, e tra i vari argomenti addotti a sostegno di questa tesi, addussero quello secondo cui il danno morale non sarebbe stato risarcibile "perché transeunte". Osservò, al riguardo, il maggior nemico della risarcibilità del danno morale (Gabba, in Giur. it., 1896, I, 2, 581): "che si chiami danno un'offesa al decoro, alla libertà, od uno dei tanti patemi morali, che sì larga parte hanno nella giurisprudenza odierna del danno morale, non è ammesso, né ammissibile.

Imperocché dall'idea di danno non è (...) separabile (...) l'idea di un effetto penoso durevole, cioè di una diminuzione durevole, di benessere, sia morale, sia materiale, durevole effetto, durevole diminuzione fintantoché risarcita non sia, se risarcire si può. Ora le offese al decoro, alla libertà personale, i patemi dell'animo sono fenomeni ed effetti morali passeggeri, mentre sono invece durevoli fenomeni ed effetti morali quegli altri accennati prima".

Questa opinione non fu mai condivisa né dalla dottrina, né dalla giurisprudenza dell'epoca. Così, bene osservò sul punto il Minozzi (Studio sul danno non patrimoniale, Milano 1901, 45), come "il dire che è la durata della sensazione dolorosa e non la sensazione stessa che fa ritenere la esistenza giuridica di un danno, non pare esatto. Tutt'al più, la durata maggiore o minore di un effetto penoso potrebbe influire sulla valutazione maggiore o minore del danno, ma non sulla sua esistenza, la quale si determina contemporaneamente e necessariamente all'apparire dell'effetto penoso, dell'avvenuta diminuzione di benessere per la diminuzione o perdita di un bene giuridico. Il danno non è l'effetto durevole di questi fenomeni. ma è il fenomeno stesso, è l'effetto penoso nella sua essenza, o fin dalla sua apparizione". E di rincalzo il Cesareo Consolo, ricorrendo anche all'arma dell'ironia, osservò: "dice il Gabba che le offese al decoro, alla libertà personale, i patemi dell'animo, sono fenomeni ed effetti morali passeggeri (...). Ma non come mai la scemata considerazione sociale di urta persona possa avere un effetto penoso durevole, mentre le offese al decoro, alla libertà personale, i patemi dell'animo possono ritenersi fenomeni ed effetti morali passeggeri.

La scemata considerazione sociale suole essere l'effetto delle offese al decoro; senza dubbio l'offesa si verifica in un dato momento, ma i suoi effetti perdurano sia nel subbietto offeso, come al di fuori di lui. Nel subbietto offeso rimangono quelle tracce dolorose che talvolta bastano a logorare lentamente la vita di un uomo; all'esterno possono perdurare e risolversi nella scemata considerazione sociale. Cause ed effetti persistono. L'ingiuria, la diffamazione, l'offesa al deco-

ro si verificano in dati momenti, ma continuano a rimanere cause di effetti penosi. Noi domanderemmo all'illustre professore Gabba se offeso nel suo onore, nel suo decoro da un maligno qualsiasi, ne risentirebbe un effetto morale passeggero!" (Cesareo Consolo, "Trattato del risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti", Torino, 1908, 229).

Purtroppo le tesi del Gabba sulla irrisarcibilità del danno morale, e i loro annessi concettuali, vennero recepite dalla Cassazione a Sezioni unite (Cassazione 20 ottobre 1924, in Giur. it., 1924, I, 1, 952): e fu così che entrò in circolo nell'esperienza giuridica che il danno morale fosse transeunte. Singolarmente, però, quando col codice del 1942 venne per la prima volta affermata espressamente la risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali, sia pure soltanto nei casi previsti dalla legge, venti anni di giurisprudenza si erano ormai consolidati, e l'idea del danno morale come transeunte, per quella strana "viscosità" delle massime di esperienza (a causa della quale sovente le decisioni giurisprudenziali restano identiche pur nel mutare le leggi) continuò a dominare incontrastata (e immotivata) in giurisprudenza.

Non così, però, in dottrina, la quale continuò a denunciare a chiare lettere l'assurdità di quella tesi.

Anche dopo l'entrata in vigore del codice del 1942, non si mancò di evidenziare come nessuna norma, né di diritto, né di natura, stabilisse che "danno morale" fosse solo quello transeunte.

Osservava correttamente il Brasiello, in uno dei più fortunati trattati degli anni Cinquanta sulla responsabilità: "L'assunto che dall'idea del danno sia inseparabile quello d'un effetto penoso durevole è inaccettabile: la permanenza o temporaneità dell'effetto penoso, la durata maggiore o minore, sono elementi che si attengono solo al quantitativo, all'entità del danno, e anche nel sistema odierno i danni si distinguono in permanenti e transitori.

Come il male morale, anche il materiale può essere di carattere permanente o transitorio, di durata maggiore o minore, ed il criterio della lunghezza o della brevità della sofferenza può servire solo di base per la misura dell'indennizzo.

Del resto, anche un patema d'animo può durare permanentemente, o per un tempo assai apprezzabile: la perdita di un figlio è una piaga dell'anima il più delle volte insanabile" (Brasiello, "I limiti della responsabilità per danni", Milano, 1959, 394-395).

Il dibattito, poi, inspiegabilmente si esaurì: il danno biologico catturò la scena; gli studi ad hoc sul danno morale si ridussero sin quasi a scomparire; più nessuno si interrogò sulla fondatezza dell'assunto secondo cui il danno morale è (solo) transeunte.

Tuttavia, come si è visto, l'idea del danno in esame come sofferenza morale transeunte era nata, molti anni or sono, per sostenerne l'irrisarcibilità; era stata in tal senso recepita dalla Suprema corte negli anni Venti; e poi rimase a far parte del bagaglio culturale dei giudizi, anche dopo che venne introdotta la risarcibilità del danno non patrimoniale.

Fu una tesi erronea, contestata dalla dottrina, difficilmente sostenibile con buone argomentazioni, specie ove si pensi al danno morale causato dalla perdita di un arto; dalla perdita di un figlio; da una ingiusta detenzione protrattasi molti anni; dalla nascita di un figlio malformato costretto a soffrire per tutta la vita.

Ma se così è grave, se cioè affermare che il danno morale sia un danno transiente costituisce una petizione di principio e nulla di più, deve convenirsi che esso non differisca in nulla da tutti gli altri pregiudizi non patrimoniali, diversi da quello biologico (la cui base medico legale ne consente una stima e una valutazione più obiettiva).

Osservazioni conclusive

Nel caso deciso dalla sentenza qui in rassegna la Corte d'appello ha liquidato ai genitori del bimbo nato con malformazioni 30.000 euro a titolo di risarcimento del danno morale, e 200.000 euro a titolo di danno esistenziale.

Si potrebbe obiettare che, anche aderendo alla tesi qui sostenuta, il tribunale avrebbe potuto liquidare il complessivo importo di 230.000 euro, a titolo di ristoro del danno morale, e nulla sarebbe cambiato.

Si potrebbe cioè ritenere che discettare di danno morale o esistenziale sia solo una "guerra delle etichette", priva di importanza pratica, sol che nella aestimatio del risarcimento si tenga effettivo conto dei pregiudizi concretamente subiti dalla vittima.

Non è così grave;

Mettere in piedi una categoria di danno a sé stante, darle dignità scientifica, predicarne l'autonomia, significa complicare il quadro dei danni risarcibili, oscurare il nitore che l'ordinamento deve sempre potere conservare, anche al fine di prevenire le liti giudiziarie, e soprattutto incentivare suggestioni foriere di duplicazioni risarcitorie.

Come esattamente osservato dalla Suprema corte, anche ad ammettere che nella liquidazione del danno non patrimoniale debba tenersi conto non solo della sofferenza soggettiva, ma di tutte le conseguenze non pecuniarie dell'illecito, la nuova interpretazione dell'articolo 2059 del codice civile deve servire "non ad aumentare in modo indiscriminato le voci di danno", ma a dare tutela a situazioni soggettive che altrimenti non troverebbero adeguata soddisfazione (Cassazione 8827/03).

Or bene, se davvero esistesse un danno definibile esistenziale, e consistente nella forzata rinuncia ad attività che si erano programmate, esso sussisterebbe sempre, perché qualsiasi fatto dannoso non può non modificare, sia pure in minima parte, "l'agenda" della vittima. Rimanere al pronto soccorso in attesa di un punto di sutura obbliga il ferito a rinunciare a leggere il giornale: sarebbe questo un danno esistenziale? Recarsi dal notaio per fare protestare il titolo non onorato dal traente obbliga il creditore a rinunciare a un rendez vous galante: sarebbe questo un danno esistenziale?

A dire di sì, si finirebbe per ammettere che il danno in questione sarebbe in re ipsa, immanente e inevitabile anche negli illeciti più insignificanti.

Una conclusione assurda, la quale non può che confermare la fallacia della premessa da cui muove.