

## **La discrezionalità del giudice e il danno non patrimoniale**

P.G. MONATERI  
Ordinario di Diritto Civile, Università di Torino

Abstract : L' A. indaga come i poteri di interpretazione del Giudice abbiano delineato e ridelineato il campo del danno non patrimoniale, creando la figura del danno esistenziale il cui apprezzamento è ulteriormente rimesso alla equità del giudice, e quindi come si sia ulteriormente ampliata la "judicial discretion" nel settore della responsabilità civile.

### **1. Discrezionalità, danno non patrimoniale e posizione assunta delle Sezioni Unite**

Da tempo è stato notato come il campo della responsabilità civile sia per eccellenza quel campo del diritto privato in cui maggiormente prevale la discrezionalità del giudice.<sup>1</sup>

Nella riflessione americana ciò è stato a tal punto vero che addirittura Prosser e Keeton aprono il loro classico volume sui Torts ritenendo che "...Torts is not a proper subject for a Law book"<sup>2</sup>. Non si tratta quindi di un problema peculiare ai modelli di Civil Law basati sulla interpretazione di testi scritti, ma di qualcosa che appare intrinseco alla stessa materia dell'illecito. Anzi a questo proposito si è notato che codificare per clausole generali, come appaiono sia l'art. 1382 C. Nap., sia il par. 823 BGB, sia l'art. 2043 c.c. italiano non è codificare, e che in sostanza, pertanto, la materia della responsabilità extracontrattuale sia stata solo apparentemente codificata<sup>3</sup>.

In senso tradizionale il giudizio di responsabilità viene presentato<sup>4</sup> come un processo analitico di accertamento separato circa l'esistenza di ciascun requisito dell'illecito.

Il sorgere dell'obbligazione risarcitoria deriva dalla riunione dei singoli elementi della fattispecie, e dunque la condanna al risarcimento non è che lo sbocco necessitato di un procedimento logico di confronto tra il caso concreto e lo schema della norma. La soluzione positiva deriva dalla corrispondenza tra i fatti e l'ambito di ciascun elemento della norma : colpa, nesso causale, danno ecc.

In realtà il processo che conduce alla condanna risarcitoria è molto meno lineare, e anzi deve essere meno lineare.

Come abbiamo visto il diritto della responsabilità civile si basa, infatti, su pochi elementi cardine: colpa, dolo, danno ingiusto, nesso causale, che sono, però, parole vaghe, prive di un significato preciso. Si tratta di parole cui l'interprete deve attribuire un senso. La responsabilità civile, d'altronde, riguarda comportamenti in costante evoluzione<sup>5</sup> di cui la legge può regolare solo gli aspetti generali. Anzi se è vero che codificare per clausole

---

<sup>1</sup> Francesco Parisi, *Liability for negligence and judicial discretion*. University of California at Berkeley, 1992

<sup>2</sup> Prosser e Keeton, *Torts*, 5.a ed., West Pub. CO., 1984, cap.1, Introduzione, p.1.

<sup>3</sup> A. Gambaro, voce "Codice Civile", in *Digesto Italiano*, 4.a ed., II, Torino, 1988, p. 442 ss.

<sup>4</sup> Vedine la descrizione e la critica in ALPA e BESSONE, 1980, 101.

<sup>5</sup> R.A.HEINER, *Imperfect Decisions and the Law: On the Evolution of Legal Precedent and Rules*, 15 JO. OF LEG. STUD. 227 (1986).

generali equivale a non codificare, si può dire che il diritto della responsabilità civile è solo parzialmente codificato. Gli articoli dal 2043 al 2059 sono indicazioni generali, schemi entro cui l'interprete deve applicare il diritto.

In generale si può dire che il compito<sup>6</sup> della responsabilità civile è quello di **traslare un danno** da un soggetto ad un altro. Bisogna quindi scoprire quali danni vanno traslati e quali vanno invece lasciati là dove si sono prodotti. Bisogna, quindi, anche scoprire in base a quali criteri traslare questi danni, a chi imputarli, e come disincentivare le condotte che li cagionano.

Perciò si può dire che il **diritto** della responsabilità civile è essenzialmente un diritto **elaborato dagli interpreti**: dalla giurisprudenza e dalla dottrina<sup>7</sup>.

Da questo punto di vista appare decisiva l'opera compiuta dalla Corte di Cassazione italiana negli ultimi anni nel campo stesso delle categorie del danno non patrimoniale e delle linee guida che devono presiedere al suo apprezzamento da parte del giudice del merito.

Il punto da cui iniziare è quindi la decisione del 2008 presa dalle Sezioni Unite della Corte Suprema e che delinea il quadro di riferimento della nuova voce di danno che la dottrina con molti contrasti è venuta proponendo tra la fine degli anni '90 e per tutto il primo decennio del nuovo secolo.

La decisione 26975 del 2008 esprime chiaramente e con nettezza il principio giuridico secondo cui i pregiudizi essenziali sono risarcibili quando derivino, anche al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, dalla violazione di un diritto costituzionalmente garantito della persona.

Tali pregiudizi non formano una categoria giuridica a sé stante, ma costituiscono una categoria descrittiva, e come tali sono espressamente nominati e presi in considerazione dalle sezioni, quale sottovoce della categoria codicistica dei danni non patrimoniali, ormai risarcibili al di fuori dei casi di reato.

Inoltre, nel prosieguo della sentenza, si ribadisce che per la prova di tali pregiudizi trova ampio spazio il ricorso alle presunzioni, atteso che il codice di rito non stabilisce una gerarchia tra le fonti di prova e non discrimina la prova presuntiva a scapito delle altre.

In tal modo la Cassazione che timidamente aveva accennato a tali pregiudizi con le sentenze gemelle del 2003 si adegua, infine, alla sentenza della Corte Costituzionale dello stesso anno che aveva appunto salvato l'art. 2059 dall'incostituzionalità ricordando che esso ricomprende i pregiudizi essenziali.

Questo precedente è ovviamente importante atteso che esso si situa a livello di Sezioni Unite ed in un caso paradigmatico di responsabilità extra-contrattuale. Infatti la posizione delle SS UU non si discosta da quanto già in precedenza stabilito da ...\* ma in una

---

<sup>6</sup> Cfr. appunto RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967.

<sup>7</sup> RODOTA', 1963, 30, 131; *Foro it.*, Rep. 1987; LIBERTINI Mario, *Le nuove frontiere del danno risarcibile, Contratto e impr.*, 1987, 85; GALGANO Francesco, *La commedia della responsabilità civile, Riv. critica dir. privato*, 1987, 191; VISINTINI, *Itinerario dottrinale sulla ingiustizia del danno, Contratto e impr.*, 1987, 73.

decisione resa in un caso di demansionamento e quindi in un caso di responsabilità contrattuale.

Naturalmente pochi avevano pensato che se il danno esistenziale è risarcibile ex contractu esso non lo fosse anche ex delicto, nondimeno tale opinione era pure stata avanzata, ed oggi evidentemente smentita dalle Sezioni.

Questo, quindi, il contenuto della decisione che qui si commenta. Poco altro di operazionalmente rilevante vi è da aggiungere. Merita tuttavia la pena soffermarsi a commentare la motivazione stessa, visto che essa costituisce un vero e proprio saggio piuttosto lungo e corposo.

## **2. La risarcibilità dei pregiudizi esistenziali**

Il quadro operativo delle decisioni delle SSUU, come dicevamo, si può agevolmente ritrovare, ad esempio, a p. 31 della 26975 laddove appunto l'estensore ribadisce che “In assenza di reato, e al di fuori dei casi determinati dalla legge, pregiudizi di tipo esistenziale sono risarcibili purchè conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona”.

Tale ipotesi si realizza “ad esempio” nel caso dello sconvolgimento della vita familiare provocato dalla perdita di congiunto, cosiddetto danno da perdita del rapporto parentale, poiché il pregiudizio di tipo esistenziale consegue alla lesione dei diritti inviolabili della famiglia : artt. 2, 29 e 30 Cost.

In questo caso vengono, infatti, in considerazione pregiudizi che attengono all'esistenza della persona e che , “per comodità di sintesi, possono essere descritti e definiti come esistenziali”.

Il punto è di tutta rilevanza. Ci si ricorderà, invero, come la querelle sul danno esistenziale sia iniziata proprio a seguito della decisione 372/94 della Corte Costituzionale la quale pareva negare la risarcibilità del danno da lutto qualora questo non si configurasse come un vero e proprio danno biologico nosograficamente accertabile. E' perciò evidente che tale frase dell'estensore ricopra un'importanza decisiva in ordine all'apprezzamento dell'operato delle SSUU: l'esempio tratto dalle Sezioni per definire l'ipotesi paradigmatica dei danni esistenziali risarcibili è proprio quello che era apparso nel caso esaminato dalla Corte Costituzionale.

Peraltro che tali pregiudizi esistenziali fossero comunque risarcibili la Corte stessa aveva già provveduto a chiarire nella sua sentenza del 2003.

I dubbi interpretativi che si erano aperti con la 372 del '94 sono quindi oggi chiusi.

Da ciò deriva quindi quanto dedotto dalle stesse SSUU, e cioè che altri pregiudizi di tipo esistenziale, non rientranti nell'ambito del danno biologico, saranno risarcibili purchè conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona diverso dal diritto alla integrità psicofisica: “il pregiudizio di tipo esistenziale è quindi risarcibile entro il limite segnato dalla ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento di danno” (p.32 decisione in epiigrafe). Soluzione che ci eravamo permessi di indicare già una decina

d'anni or sono<sup>8</sup>

Occorre, quindi, essere grati alle SSUU per aver fatto chiarezza su questo importante punto della materia che non pare oggi più contestabile.

### **3. La definizione del pregiudizio esistenziale**

La definizione di pregiudizio esistenziale accolta dalle SSUU è quella di danno provocato al fare areddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto alla espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno. (pp.35-6)

Tale definizione, che punta sulla natura oggettiva del danno esistenziale, a differenza dei pregiudizi di natura meramente emotiva e interiore, è anch'essa della massima rilevanza poiché recepisce quella che era stata appunto l'impostazione donata al problema in un celebre, ormai risalente, saggio<sup>9</sup>.

E' ben vero che le SSUU ritengono che tale definizione non dia luogo ad una autonoma categoria di danno, problema su cui torneremo, così come peraltro ritengono che anche la nozione di danno biologico e di danno morale risponda a mere esigenze descrittive e non implichi il riconoscimento di distinte categorie di danno (p.51) – punto molto importante - , ma ciò non toglie che essa sia data e recepita affinché possano venire inquadrati, per comodità di sintesi, quei danni che attengono alla dignità della persona e che sono risarcibili in virtù degli artt. 1,2,4 e 35 della Costituzione.

Peraltro tale definizione è quella che già era stata accolta in ambito contrattuale da numerose pronunce del Supremo Collegio (4260/2007; 5221/2007; 11278/2007; 26561/2007). Ci troviamo così di fronte ad una nozione ormai salda del pregiudizio esistenziale, cosa che, come vedremo non può tanto più dirsi né della nozione di danno biologico, né di quella di danno morale.

### **4. La prova e la qualificazione dei pregiudizi esistenziali**

**Con limpida e estrema conseguenza le SSUU stabiliscono che, per quanto concerne i mezzi di prova, per il danno biologico si richiede l'accertamento medico-legale (p. 55).**

Per gli altri pregiudizi non patrimoniali potrà, invece, farsi ricorso alla prova testimoniale, documentale e presuntiva (p.56).

Infatti, attenendo il pregiudizio (non biologico)<sup>10</sup> ad un bene immateriale, il ricorso alla

---

<sup>8</sup> P.G.Monateri, *La responsabilità civile*, Torino, Utet, 1998, p. 303.

<sup>9</sup> P.Ziviz, *Alla scoperta del danno esistenziale*, Contratto e Impresa, 1994, p. 84.

<sup>10</sup> Vorrei sottolineare l'uso della locuzione pregiudizio fatta dalle SSUU: essa riguarda tutte le sottovoci del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059: quindi il "danno" biologico non solo non è più una species del danno ingiusto ex art. 2043, ma non è neanche più il "danno biologico", l'è (lo dico alla *toscana*) l'è, alla pari dell'esistenziale, un pregiudizio. Mi piacerebbe che qualcuno *dei miei 25 lettori* cogliesse l'ironia, o

prova presuntiva è destinato ad assumere particolare rilievo, e potrà costituire anche l'unica fonte per la formazione del convincimento del giudice, non trattandosi di mezzo di prova di rango inferiore agli altri<sup>11</sup>.

In ciò le Sezioni nulla spostano rispetto a quanto già fu detto in precedenti giudicati, ma è ovviamente importante che lo confermino. I pregiudizi esistenziali rientrano quindi in quelle categorie di general damages che normalmente conseguono alla lesione, e che perciò si possono presumere, salvo la prova contraria.

Si badi: essi devono venir richiesti ed allegati, ma che nello sconvolgimento della vita familiare vi sia un peggioramento oggettivo dell'esistenza dei soggetti coinvolti è nozione dell'*id quod plerumque*. Perciò se non vengono allegati non potranno venir concessi; non sono danni *in re ipsa*, nè, sia mai, danni-evento, come fu adombrato (invero per il biologico !) nella 184/86. Sono danni conseguenza, ma sono danni che, allegati, possono venir provati per presunzione, anzi anche solo per presunzione, salva cioè la prova contraria, o salvo, ecco il punto, una prova di una loro maggior consistenza che nel normale. L'attore potrà quindi avvalersi dell'*id quod plerumque* salvo a dimostrare che nella specie vi furono danni maggiori e più consistenti.

Quanto al titolo giuridico di tali risarcimenti esso, come prima dell'intervento delle Sezioni, rimane nel 2059 c.c., onde non vi sarà alcuna *mutatio libelli* nel qualificarli come danni o come pregiudizi. Invero l'attore ha solo l'onere d'indicare succintamente i fatti e semmai gli articoli di legge, nè, invero, il giudice è vincolato alla qualificazione giuridica scelta dall'attore. Anche se l'attore qualifica un atto come appalto il giudice può ben riqualificarlo come vendita. E d'altronde simili problemi furono già risolti *de plano* quando si passò dalla richiesta del risarcimento del danno biologico ex art. 2043 a quella fondata sul 2059. Quindi foss'anche la domanda originaria svolta dall'attore in termini di categoria di danno esistenziale non costituirà problema veruno per il giudice, nè *mutatio libelli*, la sua riqualificazione in termini di pregiudizio esistenziale sotto voce del danno non patrimoniale.

## 5. Categorie e descrizioni

Quanto prima detto costituisce la vera e propria analisi giuridica della posizione assunta dalle SSUU.

Se, ora, volgendosi a fare un'analisi letteraria delle motivazioni, non si sapesse che il documento è unitariamente riferibile ad un unico autore, si sarebbe tentati di vedervi l'apporto di più mani, diverse per stile, ed anche per concezioni, idiosincrasie e pensieri reconditi.

La prima parte della decisione è coesa ed asciutta, delinea i problemi e traccia la soluzione che già dicemmo. Vi è poi una seconda parte più accorata, un medaglione, di invettive contro i danni bagatellari : il tacco della sposa che si rompe e quant'altro, tutti, o in gran parte, peraltro, danni contrattuali. Una terza parte poi si avventura in una disamina della liquidazione del danno biologico e dei suoi rapporti col morale che solleva

---

la *maladresse* (?), di codesto passaggio delle Sezioni.

11 Posizione recepita a partire dalla 9834/2002

problemi.

La prima parte recepisce in sostanza quanto la dottrina era venuta elaborando, e la sua principale preoccupazione non è più il nominare come tali i pregiudizi esistenziali, che sono, quindi, infine, compiutamente nominati, e dei quali si dice espressamente che possono venire chiamati come tali, ma è dominata dall'istanza di non farne una categoria giuridica ma semplicemente descrittiva.

Qui bisogna un poco intendersi. Aveva ragione, già nell'83 Bonilini col dire che la categoria che il Codice conosce è solo quella del "non patrimoniale", e lo diceva a proposito del morale. Ora se le categorie giuridiche sono quelle codicistiche è evidente che l'unica categoria codicistica è quella espressa dal 2059. Col che evidentemente non solo il danno esistenziale, ma eziandio quello morale non è categoria giuridica ma solo descrittiva. Eppure la categoria danno morale ha una lunga storia: viene da lontano, e, credo, andrà ancora lontano. E, per di più, si chiede allora che ne sia delle altre categorie che nel codice non trovano riscontro, ad esempio quella di negozio giuridico. Il negozio è una categoria descrittiva ?

Qui mi sembra che l'estensore obliteri un nomen che sarà pur fuor di moda, ma è assai utile nel diritto, e cioè quello della categoria dogmatica.

Siccome per dogma bisogna intendere una definizione che identifica un certo complesso di elementi della fattispecie, ovvero un certo complesso di effetti della fattispecie, od anche un complesso di rapporti giuridici, ovviamente i dogmi sono descrittivi. Il negozio, ad esempio, come categoria dogmatica, descrive e identifica la dichiarazione di volontà come elemento di diverse fattispecie (la promessa, l'offerta in pura perdita, la dichiarazione di rinuncia alla prescrizione, la dichiarazione di attuazione dello jus penitendi, e così via). Come ognuno sa le categorie dogmatiche non devono coincidere con quelle delle fonti, atteso che vengono inventate apposta per meglio comprenderle, e maggiormente svilupparle. La dichiarazione di volontà qua tale non esisteva nelle fonti di Niehbur.

Siccome anche le categorie delle fonti, in quanto si riferiscano a fattispecie, vicende e rapporti, son categorie che descrivono certi elementi, per applicar loro il comando della norma come imperativo ipotetico, l'alternativa non è, come sembrano presupporre le Sezioni, in un mondo che pare aver smarrito la teoria generale, tra categorie giuridiche e categorie descrittive, siccome le prime hanno pure la funzione delle seconde, e le seconde sono anche le prime, ma fra categorie dogmatiche e categorie legislative. E non tanto perchè vi sia una differenza essenziale tra le prime e le seconde (tra negozio bilaterale e contratto), ma perchè questo è l'uso invalso onde mantener un certo quale rigore filologico nel giure, sapendo donde vengono le une e donde le altre.

Perciò col dire descrittivo non si dice alcunchè di sminuente, giacchè in realtà si dice dogmatico.

Se non che si svela che questa parte della sentenza è tutta un obiter, siccome è compito delle Sezioni assicurar l'uniforme interpretazione e non, come ognuno sa, discettar di dogmatica.

## **6. Pain and Suffering e violazione dei diritti inviolabili**

Lungo e accorato il medaglione sui danni bagatellari. Intendiamo le Sezioni hanno ragione da vendere. Ma esse stesse dimenticano le posizioni che la Suprema Corte assume rispetto alle liquidazioni effettuate dai giudici di pace.

Proprio in un caso recente di malaugurato danno da shock televisivo è stata la Cassazione a dire che siccome il giudice di pace giudica secondo equità essa non può rivederne le conclusioni.

Se si lascia mano libera ai giudici di pace codesto medaglione fa la figura d'una grida manzoniana.

Ma ciò che è più interessante è quanto segue.

Siamo per ammissione delle stesse sezioni di fronte a ipotesi di violazione di diritti inviolabili. Quindi, ad esempio, per riprendere il caso fatto dalle stesse Sezioni dello socnvolgimento della vita familiare di fronte a violazioni dell'art. 8,1° comma 1. 848/1955 di ratifica della Convenzione europea per la salvaguardia dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Orbene in un caso analogo di violazione dell'art. 8, ritardo dei servizi sociali nell'assegnazione di una casa adeguata ad un disabile, affrontato dall'arcigna Queen's Bench Division della High Court<sup>12</sup> Mr. Justice Sullivan ha affermato con riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, e con riferimento al Report dell'ancor più arcigno Lord Woolf, Master of the Rolls, che in questi casi (n. 44) le categorie di danno (categories of loss) che devono venir risarcite inculdono :

“distress, frustration, inconvenience, humiliation and anxiety”.

E', allora, bello notare quanto hanno affermato i giudici delle nostre Sezioni, nel cui sito internet figura alla home page un link diretto alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, quanto segue:

“Palesemente non meritevoli della tutela risarcitoria, invocata a titolo di danno esistenziale, sono i pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie ed in ogni altro tipo di insoddisfazione ...”

Wonderful !

Nel diritto comparato è raro che si possano trovare due proposizioni identiche ma di segno assolutamente contrario come queste.

Il giudice inglese, e il Master of the Rolls (!), ritengono palese che in tali casi si debbano risarcire quei danni che i giudici italiani ritengono palesemente non meritevoli della tutela risarcitoria (!)

Il lettore capirà agevolmente che potrei dilungarmi ad libitum sul punto. E far sfoggio

---

12 (Regina) Bernard vs London Borough of Enfield, 25 October 2002, EWHC 2282.

d'ironia, se ne fossi per avventura capace.

Mi limiterò invece a suggerire agli incaricati che curano il sito della Cassazione di cancellare il link da loro inserito alla giurisprudenza di Strasburgo.

### **7 Le incerte nozioni attuali di “biologico” e di “morale”**

Quanto dicevamo è però importante anche per quel che concerne le nozioni di pregiudizio biologico e di pregiudizio (non più danno!) morale. Infatti a me sembra che oggi esca più salda la nozione di pregiudizio esistenziale prima ricordata e recepita dalle SSUU.

Infatti la nozione di “biologico” in quanto danno alla salute è oggi messa seriamente in crisi nella sua concretezza giuridica dal recepimento della nozione di salute, data dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, all'art. 2 D. Lgs. n. 81 del 2008 secondo cui la salute equivale allo “stato di completo benessere, fisico, mentale, e sociale, non consistente solo in una assenza di malattia o infermità”.

Uno stato che non viene raggiunto neanche dai monaci Zen, e forse solo dagli dei greci.

Ovviamente sono definizioni come questa che cagionano problemi, non il pursuit of the Happiness. Ed è per opera di uno sventato legislatore, non degli interpreti che ciò avviene.

Che l'OMS voglia aumentare a dismisura le proprie competenze, e lo faccia ovviamente ampliando la nozione di salute, è cosa che si capisce e che rientra nel modo in cui tali organismi internazionali sono fatti e agiscono. Ma ciò ovviamente ha delle ricadute.

Allo stesso modo muta la nozione di danno morale: quando Scognamiglio ne scriveva la sensibilità sociale riportava ancora tale nozione all'ambito non della sofferenza fisica o psichica, ma a quello della sofferenza appunto morale, cioè al soffrire non dell'individuo, ma della persona. Cioè non alla sofferenza che l'individuo patisce per la ferita, ma a quella che la persona subisce per la sua degradazione.

È allora chiaro che se biologico ha a che fare con l'accertamento nosografico e morale ha a che fare coi valori della persona i due concetti non si sovrappongono e corrono vicende parallele che non si intersecano.

Viceversa se come fa il legislatore il biologico si estende al benessere sociale e il morale si interpreta, come fanno le Sezioni, in termini di sofferenza soggettiva derivante dalle menomazioni subite (dolore) (p.52), allora morale e biologico sono destinati a incrociarsi e sovrapporsi.

Ma ciò a me pare un errore che deriva dal venir meno dei valori della persona in quanto tali, e dalla perdita di significato della dimensione morale dell'esistenza personale.

Qualcosa che non può essere né approvato, né assecondato, in quanto non corrisponde affatto al nostro impianto costituzionale che del personalismo è, invece, impregnato.

Insomma il problema qui si pone e in termini assai ardui, e ci costringerà nel futuro a



cercare di riportare ordine in tali nozioni.

Di fronte a ciò la nozione di peggioramento oggettivo delle condizioni di esistenza proprie della categoria descrittiva dei pregiudizi esistenziali, qui recepita dalle Sezioni Unite, pare, al contrario, assai più salda.