

Roberto Caso, *La cassazione, la macchina del tempo e la risarcibilità iure hereditario del danno (biologico) da lesioni mortali* (Nota a Cass., sez. III, 27 dicembre 1994, n. 11169, e Cass., sez. III, 6 ottobre 1994, n. 8177), in *Foro it.*, 1995, I, 1854

La Cassazione, la macchina del tempo e la risarcibilità «iure hereditario» del danno (biologico) da lesioni mortali.

I. - Per rompere un voto del silenzio non vi è bisogno di logorroici proclami, basta sussurrare una parola. La sentenza 11169/94 spicca nel duetto della terza sezione proprio per aver fornito riprova di questa lapalissiana constatazione. In essa si pronuncia, a voce sommessa ma in modo distinto, la parola 'biologico' associandola alla vexata quaestio della trasmissibilità iure hereditario del danno alla persona (1).

Si dirà che in tal modo si pone la questione sotto la lente deformante della provocazione, che la risarcibilità iure hereditario del danno alla persona resta pur sempre un tema di frontiera, che l'attenzione di giuristi teorici e pratici verso questo argomento è stata ravvivata solo dall'emersione della categoria del danno biologico (2). Tuttavia, sta di fatto che, nel recente clima giurisprudenziale, il mutismo dell'organo preposto alla funzione nomofilattica era un dato – quand'anche non misurato con precisione – sicuramente avvertito. In questo clima, in cui i giudici di merito – suggestionati da una dottrina divisa anche sui principî generali – si sono spinti a dire tutto ed il contrario di tutto, l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze suonava come una richiesta di pacificazione (3). D'altra parte, vi è già chi dubita che la Corte costituzionale sia stata capace di rimettere insieme i cocci della certezza del diritto (4).

Cercheremo, perciò, con l'ausilio di strumenti comparatistici, di misurare la portata di Cass. 11169/94, per poi abbozzare alcune considerazioni di ordine generale sul tema del danno biologico (5).

II. - La motivazione è nel suo primo passaggio abbastanza chiara, anche se non immune da rilievi critici: il danno biologico, sofferto nella fase intermedia di malattia che va dal momento della lesione a quello della morte, è trasmissibile iure hereditatis. Il diritto al risarcimento del danno entra nel patrimonio dell'infortunato al momento della lesione e, perciò, può essere fatto valere iure successionis dai suoi eredi. Ciò è applicazione di principî sempre sostenuti dalla Cassazione (sic!) fin dalla risalente sentenza delle sezioni unite n. 3475 del 1925 (6). Per inciso, può essere importante rilevare – ai fini del ragionamento svolto nel successivo § V – che la sentenza cassata aveva negato il risarcimento di danni per totale ed irreversibile infermità (si precisa in parentesi che dagli atti di causa risulterebbe il cento per cento di invalidità).

Nel suo secondo passaggio, invece, l'iter argomentativo si perde nelle sabbie mobili del 'voler dire e non dire'. Non a caso, tale secondo passaggio riguarda il punto sentito – da lungo tempo e sotto ogni cielo – come il più ostico: la fattispecie di morte istantanea. A detta della stessa Cassazione, questa fattispecie non è oggetto dell'odierno giudizio di legittimità. Tuttavia, la corte si sente in dovere di richiamare l'ultima sentenza della Consulta e, per il suo tramite, di fare ancora riferimento alla famosa (?) pronuncia del 1925. I termini testuali del richiamo sono i seguenti: «la corte (costituzionale, n.d.r.) – investita, fra le altre, della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2043 c.c. in riferimento agli art. 2, 3 e 32 Cost., in quanto secondo il giudice rimettente la norma codicistica non avrebbe consentito il risarcimento del danno per violazione del diritto alla vita – ha ritenuto la questione non fondata, affermando da un lato che 'salute' e 'vita' sono beni giuridici diversi, oggetto di distinti diritti, e chiarendo dall'altro che sarebbe stato necessario accertare se, nel caso di morte immediata, un diritto di risarcimento fosse effettivamente entrato nel patrimonio del defunto, al riguardo significativamente ricordando la decisione delle sezioni unite del 1925».

Senonché, il verbo che diviene condizionale nella citazione è indicativo nell'originale. La Consulta ha, infatti, recisamente escluso la risarcibilità del danno da morte istantanea. Questa citazione al

condizionale potrebbe risolversi – ma si tratta solo di una illazione – in un'interpretazione annacquata del diktat proclamato dal giudice delle leggi, magari finalizzata a lasciare uno spiraglio alle istanze di trasmissibilità del danno da morte immediata.

III. - Di fronte alle poche parole della corte regolatrice – davvero poche, se confrontate con la profondità del disagio dei giudici di merito (7) –, occorre cimentarci nella difficile arte dell'arretiste, abituato a desumere (e discutere) motivazioni virtuali sulla scorta degli scarni enunciati della Cassation d'oltralpe.

Di primo acchito, la lettura di Cass. 11169/94 suscita l'impressione che la storia del c.d. danno da morte sia iniziata e finita nel 1925. In questa storia istantanea – ci si passi l'ossimoro –, nessuna parte è lasciata alla neo-categoria del danno biologico. Le lancette dell'orologio del diritto vengono utilizzate come micidiali rasoi. Basta riportarle indietro di settanta anni per decapitare giurisprudenza e dottrina che negano in radice la trasmissibilità del diritto personalissimo (al risarcimento del danno) alla salute o che la sottopongono al presupposto che il diritto sia stato azionato.

Ma perché, da una parte, si falcia la tesi della intrasmissibilità del diritto personalissimo, rinunciando ad operare un pur minimo scandaglio dei suoi precipitati argomentativi, e, dall'altra, si sente il bisogno di professare, se pur di soppiatto, il 'credo' che identifica l'intrasmissibilità del risarcimento del danno con l'istantaneità della morte?

La nostra intenzione non è tanto di indagare i motivi 'soggettivi' che hanno condotto ad una tale formulazione del dictum (conclusioni sul punto sarebbero comunque avventate e fuori luogo), quanto di favorire la comprensione del contesto giuridico in cui esso è maturato. A tale fine risulta di scarsa utilità ripercorrere i meandri di un dibattito italiano risalente e, a volte, ripetitivo (8). Una prospettiva più promettente è quella di compiere un rapidissimo giro d'orizzonte di là dai nostri confini (9).

IV. - Nell'accostarsi ad un dato comparatistico, spesso contrassegnato da atteggiamenti divaricati nella scelta e nella messa a punto dei criteri di valutazione del danno, occorre far tesoro di un'autorevole avvertenza (10). La suddivisione del (risarcimento del) danno in varie voci non è una metodologia che si può sempre esportare con profitto. In alcuni sistemi il giudice è svincolato dal «motivare analiticamente l'attribuzione della somma risarcitoria». Dal canto nostro, possiamo solo aggiungere un'impressione banale: la tassonomia del danno, anche laddove sia un prodotto prevalentemente dottrinale, influisce sulla metodologia di quantificazione risarcitoria utilizzata dal formante giurisprudenziale. Al termine del fugace excursus in terra straniera sarà, perciò, opportuno accennare al tema, insito in qualsiasi comparazione (dei sistemi risarcitori), della corrispondenza e della traducibilità del nostro strumentario sistematico (ed in particolare del danno biologico).

Il binomio morte-danno alla persona nel common law tradizionale era basato su tre regole restrittive, riassunte nel brocardo *actio personalis moritur cum persona*: 1) se l'autore dell'illecito muore prima che la vittima si attivi sul piano processuale, quest'ultima perde il diritto di agire; 2) se la stessa vittima muore – per qualsiasi causa – prima di aver agito in giudizio, il diritto di agire della vittima si estingue con la sua morte; 3) se l'autore dell'illecito ha causato lesioni mortali, i parenti della vittima non hanno diritto di agire per la privazione del supporto finanziario del defunto e per i dolori emozionali. Durante il secolo scorso, sulla spinta della rivoluzione industriale e della crescita esponenziale degli incidenti legati soprattutto ai nuovi mezzi di trasporto, queste regole sono state sottoposte ad una radicale revisione, tanto che oggi esse appaiono ribaltate. La regola che più ci interessa è ovviamente la seconda, ma la storia del suo sovvertimento corre vicino alla sorte delle altre due.

Per espugnare la cittadella, si è scelta, su entrambe le sponde dell'oceano, una strategia normativa.

Nel common law inglese si è iniziato con il Fatal Accidents Act del 1846, progredito con il Law Reform (Miscellaneous provisions) Act del 1934, che segna la massima apertura verso il survival of causes of action, cioè verso la trasmissibilità delle azioni di risarcimento già spettanti al de cuius, con l'unica eccezione della defamation (basata, peraltro, su una ratio assai significativa ai fini del nostro discorso: questo tort protegge non-pecuniary interests, il che vale quanto dire che la soddisfazione morale della vittima si raggiunge meglio con rimedi non risarcitori). La successiva evoluzione legislativa, culminata con il Fatal Accident Act del 1976, è caratterizzata da una sterzata verso la risarcibilità iure proprio del danno da morte, che produce l'effetto indotto di relegare in secondo piano le iniziative giudiziali basate sul survival of action. Queste ultime sono state poi direttamente depotenziate da un successivo intervento novellatorio del 1983, che ne ha ridotto il campo d'azione ai financial losses e ai damages for pain and suffering subito prima della morte, nonché (e questo suona davvero bislacco) alle spese funerarie (11). È stato, perciò, rilevato che, allo stato attuale, nel caso di morte istantanea le pretese risarcitorie vantate sul presupposto del survival of action – iure hereditario, diremmo noi – sono ridotte a ben poca cosa (12).

Anche nel common law di stampo nordamericano, premessa la maggiore complessità di lettura di un dato legislativo la cui geometria varia da Stato a Stato, la strategia normativa appare improntata dall'opzione del doppio binario: i survival statutes legittimano le pretese iure hereditario, mentre i wrongful death statutes fondano le istanze iure proprio.

Le azioni basate sui survival statutes sono finalizzate ad ottenere (quello che si può forse definire come) il lucro lavorativo cessante per il periodo tra la lesione e la morte, le spese per le cure mediche e il risarcimento per il danno da pain and suffering. Anche negli Stati Uniti, peraltro, le pretese risarcitorie fondate sulla sopravvivenza dell'azione spettante al de cuius incontrano, nell'applicazione giudiziale, l'attrito problematico della defamation e della morte istantanea (13).

Ritornando sul vecchio continente, davvero significativa appare la recente riforma del legislatore teutonico, che ha espunto dal paragrafo 847 del BGB il passaggio che escludeva la trasmissibilità iure hereditario del danno morale sofferto dal defunto, quando quest'ultimo non avesse già ottenuto da parte del danneggiante il riconoscimento negoziale del danno stesso, o non avesse ancora agito in giudizio per il risarcimento (14).

Ma il termine di paragone più interessante è proprio quello più a portata di mano. In antitesi ai dati finora rilevati, l'interesse è innescato dalla somiglianza. Il sistema francese è, infatti, connotato dallo stesso nostro punto di partenza, ossia dall'assenza di un dato normativo preciso – con il vantaggio che manca anche una norma limitativa come l'art. 2059 c.c. – la quale ingenera incertezza dottrinale e giurisprudenziale, nonché dallo stesso punto di arrivo, ovvero due pronunciamenti sincronici della Cassation, Chambre mixte, che riconoscono la trasmissibilità del risarcimento per il danno da sofferenza fisica provata prima del decesso e per il danno morale (nell'Exagone tale riconoscimento contrasta con la dottrina maggioritaria) (15).

Fin qui le analogie. Una differenza, che balza evidente agli occhi, risiede invece nella più schietta impostazione del problema. Nella prospettazione del dialogo, offerta da un classico della trattatistica della responsabilità civile, si prendono le mosse, infatti, dalla indagine dottrinale riguardante la cessibilità entre vifs – ma evidentemente estensibile alla trasmissibilità mortis causa – dei crediti risarcitori per danno alla persona, ammessa per i danni patrimoniali in senso stretto e tendenzialmente negata per i danni morali (16). La contrapposizione ha trovato ricaduta giudiziale solo sul piano della trasmissibilità mortis causa e l'uscita allo scoperto della Chambre mixte è stata addirittura salutata come la fine di una ipocrisia, c'est à dire come la cancellazione o l'affievolimento della distinzione tra droits patrimoniaux e droits extrapatrimoniaux. Ci riferiamo ad un commento 'a caldo', il cui impianto critico suscita estremo interesse (17). Val la pena riportarne in maniera sintetica gli snodi più importanti.

La scelta se perpetuare sull'erede l'azione per il risarcimento del danno morale è questione che implica scelte di tipo filosofico (e, noi aggiungerei, orientamenti di ordine morale nonché di politica del diritto). Ma bisogna tenere presente che, nell'evoluzione della teoria delle successioni, l'intrasmissibilità di alcuni diritti non è la regola, bensì l'eccezione. D'altra parte, il carattere vendicativo dell'azione ne legittima la trasmissione. La natura idiosincratca del danno morale, per il cui apprezzamento sarebbe necessaria la presenza in vita della vittima, non esclude che gli eredi siano i soggetti più adatti a descrivere il tipo e l'intensità del danno morale sofferto dalla vittima stessa. Comunque, questi argomenti sono superati dalla scelta della Cassazione di arretrare la nascita del credito risarcitorio ovvero del diritto patrimoniale al momento della lesione, una scelta che sconfessa la concezione, in precedenza dominante, per cui il diritto al risarcimento entra nel patrimonio solo nel momento del suo azionamento giudiziale o, addirittura, della sua liquidazione (18).

V. - Uno sguardo d'insieme ai sistemi presi in considerazione ci porta ad un primo risultato molto approssimativo. Tenteremo di schematizzarlo in poche battute. Il modello risolutorio generale che nega in radice la trasmissibilità iure hereditario del danno da morte è in ogni sistema, sul piano della regola effettivamente applicata, recessivo. Il modello risolutorio specifico che afferma la limitazione della risarcibilità al caso di morte non istantanea prevale dovunque (19). Entrambi i modelli sono – com'è intuibile – maggiormente discussi laddove la materia è dominata dai formanti non legislativi (Francia, Italia).

Ma la nostra pur rapidissima ricognizione comparatistica ci offre dati più raffinati che, forse, possono confortare le seguenti conclusioni sul grado di evoluzione del nostro sistema: la tesi che nega in radice la trasmissibilità iure hereditario soffre di vizi di impostazione e di teoria generale del diritto, mentre l'equazione 'istantaneità=intrasmissibilità', quando non si risolve in uno zoppicante paradosso metagiuridico (20), risulta inconciliabile con un'interpretazione avanzata del concetto di danno biologico (21).

Veniamo, quindi, ai difetti genetici della teoria che, nel vuoto legislativo, afferma la valenza generale del principio della intrasmissibilità. Una tale impostazione poteva ritenersi corretta nel diritto consuetudinario-precedenziale del common law tradizionale, ma non può trapiantarsi nei sistemi continentali, dove un atteggiamento silente del legislatore non può essere equiparato alla negazione della trasmissibilità (che è, invece, 'la regola' nel diritto successorio). Dal medesimo difetto di impostazione sono affette tutte le argomentazioni che si riconnettono alla teoria della intrasmissibilità. A ben vedere, esse si rivelano scorciatoie intese a schivare il problema di teoria generale del momento in cui sorge il credito risarcitorio (di indubbia natura patrimoniale). Così per la tesi che condanna il mercimonio dei crediti risarcitori per danno alla persona (22), come pure per quella che aborrisce l'idea dello stato come erede di un diritto al risarcimento del danno da morte (23); così ancora per quella che asserisce la trasmissione del solo diritto già azionato dal de cuius (24); così, infine, per quella preoccupata della devianza punitiva che un consistente risarcimento acquisterebbe in caso di morte istantanea o quasi istantanea (25). Lo smarrimento dei principi generali, poi, è particolarmente evidente nel salto logico che sposta il carattere personalissimo dal diritto al risarcimento, per cui quest'ultimo sembra perdere la sua connotazione ontologicamente patrimoniale per tramutarsi in un'altra (non meglio identificata) forma di rimedio (26).

Tuttavia, come anticipato, il risultato comparatisticamente più sofisticato rimane la somiglianza con la soluzione francese. E non si tratta di un risultato da giudicare positivamente. Di più, si potrebbe dire – se anche a noi fosse concesso di adoperare la macchina del tempo – che lo stato attuale delle nostre regole operazionali – sul piano della consistenza del risarcimento trasmissibile – forse è assimilabile a quello raggiunto in Francia quasi vent'anni fa, ma di sicuro il loro impianto teorico risale (per lo meno) a quello fissato dalla Cassazione del regno italiano nel 1925.

In parole più esplicite, ciò che sorprende nell'atteggiamento giurisprudenziale di casa nostra è l'incapacità di mettere a frutto la categoria del danno biologico.

Rovesciando i termini problematici, potremmo affermare che il danno biologico esiste anche negli altri ordinamenti cui abbiamo accennato (27), ma si comporta come una sorta di crittotipo (28), ovvero come una regola applicata senza essere verbalizzata e, quindi, senza essere conosciuta a fondo (29). Se si tratta, come nella specie, di una categoria voce di danno cui corrisponde un metodo di quantificazione – ovvero, di qualcosa di più complesso di una regola –, la verbalizzazione costituisce un passo in avanti necessario al buon funzionamento della categoria stessa (30). Tale decisivo passo in avanti sembra potersi registrare solo nel nostro paese, dove il pungolo della regola restrittiva dell'art. 2059 c.c. ha indotto non solo una verbalizzazione, ma anche una enfaticizzazione del danno biologico. D'altro canto, ciò è agevolmente spiegabile, sul piano della retrospettiva storica, con la ridotta entità dei risarcimenti riconosciuti dalle nostre corti per il danno alla persona (per tacere della mancanza di meccanismi quali i *punitives damages* o l'*astreinte*). Esula dall'ambito di questo scritto un'analisi del grado di maturazione raggiunto dal 'dialogo dei formanti' del sistema d'oltralpe, tuttavia, è forse possibile azzardare che in Francia la razionalizzazione del *dommage corporal* sia un'esigenza – quando sentita – prettamente dottrinale (31); a livello di regole applicate al caso specifico del danno da morte, la giurisprudenza (di legittimità) sembra appagata dal traguardo raggiunto venti anni or sono con il *brachilogico* riconoscimento della trasmissibilità agli eredi del *dommage moral* (32).

Quanto detto mette maggiormente in luce il valore della scoperta italiana, effettuata – ancora una volta – sotto il segno della necessità. Esso sta nel tentativo di oggettivare una voce di danno alla persona e di razionalizzare – nelle tendenze più all'avanguardia – i criteri della sua quantificazione (33). Lo sganciamento dal danno morale non ha, quindi, solo il significato di relegarlo nell'angusto cantuccio dell'art. 2059 c.c. (34), ma anche di affrancarsi dalla sua assoluta soggettività (35). In una battuta, il deterioramento fisico come componente della diminuzione della salute (e della qualità della vita) è parametrabile, quello morale imperscrutabile.

Una forzatura dell'esistente? Forse, ma la carica dirompente del danno biologico trova eloquente conferma nel ripensamento del problema della morte istantanea.

La tesi che nega la trasmissibilità del danno da lesioni per morte istantanea aveva qualche spazio di manovra settanta anni fa, quando la componente *strictu senso* patrimoniale del danno alla persona era posta in primo piano. Questa tesi, invero, può essere tradotta in termini di danno futuro. Una tale traduzione ermeneutica ci consente di svelare, a ridosso di chi nega la trasmissibilità del risarcimento, una chiara sfiducia verso il meccanismo del danno futuro: valido fin che si è costretti a ragionare *ex ante*, fallace quando viene contraddetto da una prospettiva *ex post*. Va da sé che, così ragionando, nel caso di morte istantanea il risarcimento (per il danno patrimoniale) è pari a zero. A conferma di ciò, uno dei corollari alla tesi criticata afferma che, qualora la morte sopraggiunga per cause non imputabili alla lesione in causa, il danno patrimoniale derivante da quest'ultima deve essere calcolato con riguardo alla vita effettivamente vissuta e non alla durata ritenuta probabile prima che sopraggiungesse l'altro evento lesivo (36).

Ora, che finalmente si è scoperto il corretto rapporto tra le componenti del danno alla persona (per cui il danno patrimoniale non è che un riflesso del danno biologico) (37), e che il sorgere del credito viene fissato al momento della lesione, la ripetuta tesi è stretta da ogni parte.

E così anche la sua rivisitazione più recente e raffinata si traduce nell'operazione logica che Corte cost. 184/86, con l'utilizzo della distinzione penalistica tra danno evento e danno conseguenza (38), pareva voler scongiurare (39). Ovvero nel porre un'esclusiva relazione di diretta proporzionalità tra durata probabile della vita ed entità del danno. In una, per avere di più bisogna soffrire più a lungo (40). Ecco che più diminuisce lo spazio temporale tra la lesione e la morte (i.e. più aumenta la gravità del danno), più diminuisce la perdita risarcibile, fino a scomparire. Ma la discontinuità del

ragionamento appare lampante. In assi cartesiani, dove l'ascissa rappresenti la gravità della lesione e l'ordinata l'entità del (risarcimento del) danno, la curva del risarcimento potrebbe essere descritta come crescente e spezzata. Non a caso il ragionamento si arena nel concetto di 'apprezzabile lasso di tempo', la cui genericità non è altro che la difficoltà di individuare il momento in cui il danno biologico da massimo diventa zero. La discontinuità del ragionamento a posteriori spiega anche come esso cerchi legittimazione semantica nella distinzione tra diritto alla salute e diritto alla vita, anch'essa ingovernabile quando ci si trovi a decidere ex ante degli effetti di una lesione fisica grave.

Se ci è dato avventurarci nel campo della ricostruzione propositiva, pare auspicabile che i metodi di quantificazione del danno tengano in debito conto, nel caso di lesioni gravi alla salute, la maggiore incidenza sulla somma complessiva della componente immanente – danno evento – rispetto a quella futura – danno conseguenza – (chi voglia indulgere alla qualificazione può denominare la componente immanente come danno fisico e quella futura come danno alla qualità della vita o alla durata della vita, ma rimane il fatto che le due componenti, nell'ambito della categoria del danno biologico, hanno carattere omogeneo). Se si accede ad una tale ricostruzione, nel caso di morte istantanea i parametri da tenere presente saranno molto vicini se non coincidenti (ma la questione rischia, a questi livelli, di diventare oziosa) al cento per cento della scala prescelta (41).

VI. - Non è facile rassegnarsi a contemplare diritti (alla vita) non azionabili e danni (alla salute) senza risarcimento, essi sono oggetti ingombranti – per non dire, giuridicamente impossibili – che possono servire solo da contrappesi ad un presunto sbilanciamento della responsabilità civile per lesioni mortali. Questo è lo spirito men che pragmatico con cui abbiamo assemblato le nostre riflessioni. Almeno su una ci piacerebbe che il lettore concordasse: per orientare la macchina del tempo verso il futuro, occorre affinare la formula davvero innovativa del danno biologico. Ma l'affinamento della formula transita attraverso spiegazioni di qualche respiro e non per la ripetizione di massime tralaticie.

ROBERTO CASO

(1) Vi è però chi addita Cass. 20 dicembre 1988, n. 6938 (Foro it., Rep. 1990, voce Danni civili, n. 99, e Resp. civ., 1989, 1173) come precedente radicalmente contrario alla configurabilità del danno biologico da morte o negatorio delle pretese avanzate iure proprio: per la prima interpretazione, v., a commento della sentenza, P.G. MONATERI, Danno biologico da uccisione o lesione della serenità familiare? (L'art. 2059 visto come un brontosauro), *ibid.*, 1179, G. COMMANDÈ, Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto, in *Contratto e impresa*, 1994, 903, per la seconda F.D. BUSNELLI, Figure controverse di danno alla persona nella recente evoluzione giurisprudenziale, in *Resp. civ.*, 1990, 469. Ma il fraseggio utilizzato dalla Cassazione in questa occasione rimane effettivamente insondabile; d'altra parte, non è un caso che la sentenza del 1988 sia stata ignorata dalla su riprodotta Cass. 11169/94.

(2) L'impatto della nuova categoria sulla disputa in tema di danno da uccisione è un fenomeno di estremo interesse. Esso può essere ricondotto a quello più ampio dell'effetto conformativo, che gli istituti e le categorie di creazione non normativa esercitano sull'ordinamento (si pensi, per fare un altro esempio à la page, all'occupazione appropriativa). Nella materia degli infortuni sul lavoro è stato recentemente messo in evidenza che «è il danno alla salute, come figura di diritto privato generale, a mettere a soqquadro schemi ricevuti ed equilibri sempre più faticosamente tenuti...», così C. CASTRONOVO, Danno alla salute e infortuni. La Corte costituzionale e i diritti secondi, in *Foro it.*, 1995, I, 85.

(3) Cfr. G. COMMANDÈ, Verso un nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di danno alla salute, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 81.

(4) Ci riferiamo ai commenti in G. GIANNINI, in *Corriere giur.*, 1994, 1455, 1458, e in *Resp. civ.*, 1994, 976, che si segnala per la vivacità dei toni polemici; per un'analisi positiva G. SCALFI, L'uomo, la morte e la famiglia, *ibid.* D'altra parte, che il circuito interpretativo prescelto dal giudice delle leggi

differisca da quello percorso dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 184 del 1986 (Foro it., 1986, I, 2053, con nota di PONZANELLI) è cosa apparsa subito evidente: si parte dalla negazione della trasmissibilità iure hereditario nel caso di morte istantanea per arrivare ad affermare la risarcibilità iure proprio del danno biologico attraverso l'art. 2059 c.c.

(5) L'espressione 'danno biologico' fu coniata da A. LENER, come ci rammenta M. CONVERSO, in Foro it., 1994, I, 1959; benché essa non sia unanimemente accettata – perché la sua accezione medico-legale porterebbe a restringerne lo spettro d'azione –, ci sembra l'unica etimologicamente in grado di racchiudere la complessità di un proteiforme concetto (dal nostro punto di vista, più ampio di danno alla salute), che altrimenti va indicato con una serie di locuzioni; d'altra parte, essa è ormai invalsa nella giurisprudenza.

(6) Anche considerando che lo screening diacronico della giurisprudenza di legittimità fornisce un quadro men che lineare, la mancanza nella motivazione a Cass. 11169/94 di una citazione intermedia tra il 1925 ed i giorni nostri non può non destare sorpresa.

(7) Sulle recenti affermazioni dei nostri giudici di merito cfr. l'esattivo organigramma contenuto nella citata nota di SALMÉ; per una rassegna 'al vetriolo' delle più recenti posizioni giurisprudenziali, v. la sintesi di informazione di P.G. MONATERI, Responsabilità extracontrattuale. Fattispecie, in Riv. dir. civ., 1994, 737 ss. A mò di curiosità, va rilevato che il Consiglio di Stato ha riconosciuto la trasmissibilità iure hereditario, dell'equo indennizzo per infortunio lavorativo del pubblico dipendente anche quando l'infortunio abbia causato un decesso istantaneo, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 11 luglio 1972, n. 689, Foro it., Rep. 1972, voce Impiegato dello Stato, n. 80.

(8) Più che di un dibattito si tratta, vista la violenza verbale cui non di rado si è fatto ricorso, di una 'logomachia'. Comunque, ognuna delle tesi contrapposte può vantare grandi nomi a proprio sostegno. Ex plurimis, nel solco del filone sfavorevole alla trasmissibilità: GENTILE, Il danno alla persona, voce dell'Enciclopedia del diritto, Milano, 1962, 671; con particolare riguardo al danno non patrimoniale, B. BIONDI, Intorno alla intrasmissibilità agli eredi del diritto al risarcimento del danno non patrimoniale, in Foro it., 1956, I, 39; più di recente, sulla scorta di un notevole sviluppo argomentativo, BONILINI, Danno morale, voce del Digesto priv., Torino, 1989, 89; amplius, ID., Il danno non patrimoniale, Milano, 1983, 449 ss.; si schierano, invece, a favore della trasmissibilità, anche in caso di morte istantanea, A. DE CUPIS, Il danno. Teoria generale della responsabilità civile, 1979, II, 123 ss.; L. CARIOTA FERRARA, Il momento della morte è fuori della vita?, in Riv. dir. civ., 1961, 134 ss.; nonché F. CARNELUTTI, Natura del diritto dei superstiti nella legge degli infortuni, in Riv. dir. comm., 1914, I, 403 ss., che propugna la tesi forse più originale, in base alla quale il diritto al risarcimento sorge nell'asse ereditario e deriva dal diritto all'integrità del proprio corpo, questo sì, già spettante al de cuius, in quanto «se nel patrimonio dell'autore esiste il rapporto giuridico, dal quale nasce il diritto al risarcimento per la sua uccisione, non osta a che questo diritto faccia parte dell'eredità il fatto ch'esso sorga nel punto in cui stesso cessa di vivere».

(9) Val la pena di segnalare, per i principî generali che reggono i vari sistemi di responsabilità civile nella western legale tradition, la fresca traduzione del secondo volume di ZWEIGERT e KOTZ, Introduzione al diritto comparato, Milano, 1995, 281 ss. Una recente esplorazione comparatistica del danno alla persona in lingua italiana si deve a A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, La riparazione dei danni alla persona, Napoli, 1993; sul tema che ci riguarda più da presso, v. H. MC GREGOR, Personal Injury and Death, cap. IX, vol. XI, International Encyclopedia of Comparative Law, Tubingen, New York, Paris, 1972. Per un'approfondita introduzione alla categoria anglosassone delle non pecuniary losses, v. C. COMMANDÉ, Le «non pecuniary losses» in «common law», in Riv. dir. civ., 1993, I, 453.

(10) Il warning è rinvenibile in alcune pagine tanto defilate, ovvero non direttamente attinenti alla problematica in argomento, quanto utili: cfr. A. GAMBARO, Ancora in tema di falsa luce agli occhi del pubblico, in Quadrimestre, 1988, 345 ss.

(11) Per le prime indicazioni sulla parabola evolutiva del sistema inglese, cfr. DIAS e MARKESINIS, *Tort law*, Oxford, 1989, 556 ss.; AA.VV., *Damages for Personal Injury and Death*, a cura di D. KEMP, London, 1990, 48 ss.

(12) Così SAUNT, in AA.VV., *Damages for Personal Injury and Death*, cit., 50; cfr. anche DIAS e MARKESINIS, *Tort law*, cit., 557, in nota.

(13) Cfr. PROSSER e KEETON, *On Torts*, V ed., St. Paul, Minnesota, 1984, 942 ss.; COMMANDÉ, Le «non pecuniary losses» in «common law», cit., 492, spec. sulla maggiore consistenza del risarcimento per pain and suffering in caso di morti pressoché improvvisi rispetto a quanto concesso allo stesso titolo nel Regno Unito, 502.

(14) Richiama l'attenzione su questa novella, in vigore dal 1° luglio 1990, C. CASTRONOVO, Il danno biologico a causa di morte aspettando la Corte costituzionale, in *Vita not.*, 1994, 554, in nota; per le prime informazioni v. PALANDT, BGB, 54 Neubearbeitete Auflage, München, 1995, 1030.

(15) V. i due arrêtés della Chambre mixte targati 30 aprile 1976, in *D.*, 1977, *Jurisprudence*, 185 ss., con nota di M. CONTAMINE-RAYNAUD; fra le più recenti, v. Cass. crim., 28 ottobre 1992, *JCP*, 1993, IV, 429.

(16) Il riferimento è a G. VINEY, *Les obligations. La responsabilité: effets*, in *Traité de droit civil*, diretto da GHESTIN, Paris, 1988, 228 ss., ivi una chiara sintesi del dibattito d'oltralpe.

(17) V. la citata nota di CONTAMINE-RAYNAUD.

(18) Com'è facile notare, la griglia di argomentazioni è sorprendentemente somigliante a quelle dei fautori italiani della trasmissibilità.

(19) Ciò non toglie che, ovunque, si percepiscono le conseguenze assurde cui essa può condurre. Non per niente lo slogan, decisamente noir, per cui, in questo caso, «è più conveniente uccidere che ferire», trova le sue eco in «it was cheaper to kill a person than to scratch him» e in «coute moins cher de tuer que rendre invalide». Se, peraltro, tale provocazione cogliesse precisamente nel segno, dovremmo concludere che, nei paesi in cui si affermano soluzioni restrittive per il danno da morte, gli automobilisti più cinici e più attenti al c.d. diritto vivente spingano più forte sull'acceleratore di fronte al malcapitato di turno. Voli pindarici a parte, si sa che l'ordinamento presidia anche in altro luogo e con ben altra forza il valore della deterrenza, eppure bisogna ammettere che alla macabra provocazione residua un inquietante lembo di verità: quale conseguenza giuridica ha l'incidente automobilistico che abbia provocato la morte istantanea di una persona senza parenti, quando il responsabile civile vada esente da condanna penale?

(20) Non ci si vuole addentrare in speculazioni metafisiche; ai nostri fini sarà, piuttosto, sufficiente evidenziare come, anche nel caso di morte c.d. istantanea, il lasso di tempo che intercorre dall'inizio il processo mortale e la cessazione delle funzioni vitali non sia poi così breve (v., per una descrizione dei processi di deterioramento fisico che portano al decesso, S.B. NULAND, *Come moriamo. Riflessioni sull'ultimo capitolo della vita*, Milano, 1994). Questo è un dato fattuale incontestabile da cui è indispensabile prendere le mosse, di là dalla concezione giuridica del danno da cui poi dipende la trasmissibilità del risarcimento. Quindi, non si può condividere l'impostazione di chi ritiene che «...è inesatto far consistere il problema nel quesito se momentum damni e momentum mortis debbano coincidere o divergere temporalmente» (così F. DI GIOVANNI, *Sulla risarcibilità «iure hereditario» del danno da uccisione (spunti per una riflessione sulle concezioni del «danno»)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, 100, ivi un'ampia analisi del problema della morte istantanea).

(21) Siamo consapevoli del fatto che il danno biologico, lungi dall'orientare le file dottrinali nel senso della trasmissibilità anche in caso di morte istantanea, ha avuto l'effetto opposto. V., fra gli altri, per la non configurabilità di un danno biologico trasmissibile in caso di morte istantanea, G. SCALFI, *L'uomo, la morte e la famiglia*, in *Resp. civ.*, 1994, 976; DI GIOVANNI, *Sulla risarcibilità «iure hereditario» del danno da uccisione (spunti per una riflessione sulle concezioni del «danno»)*, cit.;

P. ZIVIZ, Il danno non patrimoniale dei congiunti nell'esperienza delle corti, in *Resp. civ.*, 1994, 934; M. FRANZONI, Il danno alla persona, Milano, 1995, 488 ss. Si noti, d'altra parte, come in queste recenti prese di posizione, generalmente, non sia contestata la tesi della Corte costituzionale, oggi fatta propria dalla Cassazione, favorevole alla trasmissione del danno biologico sofferto nell'apprezzabile lasso tra lesione e morte, quando quest'ultima non sia istantanea (ma vi è anche chi rileva la contraddizione di fondo tra trasmissibilità in caso di morte istantanea e trasmissibilità del danno sofferto nell'apprezzabile lasso di tempo: in questo senso, v. MONATERI, Responsabilità extracontrattuale. Fattispecie, cit., 738). Sulla sponda opposta, l'alfiere della trasmissibilità iure hereditario del danno biologico anche in caso di morte istantanea è GIANNINI, del quale v., fra gli altri scritti in cui l'autore ha espresso le proprie idee, Il danno biologico in caso di morte, in *Resp. civ.*, 1989, 383; favorevole alla trasmissibilità è anche F. PARENTE, La legittimazione «iure hereditario» al risarcimento del danno biologico, in *Foro it.*, 1988, I, 892.

(22) La condanna dell'adombrato mercimonio dei crediti per risarcimento del danno alla salute sembra il motivo del rigetto della tesi della trasmissibilità da parte di MONATERI, Danno biologico da uccisione o lesione della serenità familiare? (L'art. 2059 visto come un brontosauro), cit., 1177. Sta di fatto, peraltro, che in giurisprudenza si ammette – sia pure con le limitazioni discendenti dalla pronuncia 356/91 della Corte costituzionale – la surroga dell'assicuratore nelle azioni per risarcimento del danno biologico e del danno morale, cfr., a mo' di esempio, Trib. Milano 11 giugno 1992, *Foro it.*, Rep. 1993, voce Assicurazione (contratto), n. 98; per riferimenti sul punto v. la nota di GIACCHERO a Cass. 6 dicembre 1993, n. 12055, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 312; cfr. anche Corte cost. 17 febbraio 1994, n. 37, *Foro it.*, 1995, I, 84, con commento cit. di CASTRONOVO, Danno alla salute e infortuni. La Corte costituzionale e i diritti secondi.

(23) Cfr. BUSNELLI, Figure controverse di danno alla persona nella recente evoluzione giurisprudenziale, cit., 475 s.; E. PELLECCIA, «Lutto e malinconia»: ovvero della controversa risarcibilità del danno psichico cagionato dalla morte del congiunto, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 889.

(24) Cfr. F.A. MAGNI, Brevi note in tema di successione nel processo ed ereditarietà del danno biologico, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 977.

(25) La preoccupazione è riconnessa alla critica che vede il fondamento della trasmissibilità nella identificazione tra lesione e danno. Sul punto torneremo in seguito, comunque, sembra potersi affermare che, quando il risarcimento diventa, almeno di fatto, l'unica forma possibile di reazione civilistica – non potendosi disporre effettivamente della macchina del tempo –, non è peregrino pensare che esso rifletta le molteplici funzioni della responsabilità civile, fra le quali rientra anche quella sanzionatoria. Il problema è, presso di noi, reso claustrofobico dalla dicotomia positiva tra 2043 c.c. e 2058 c.c., ma affiora anche nell'analisi dell'evoluzione del pain and suffering nordamericano. In proposito, una delle argomentazioni mosse contro il distacco della voce del loss of enjoyment of life dal pain and suffering afferma che, considerando autonoma la voce di loss of enjoyment of life, «un soggetto in coma irreversibile o morto avrebbe diritto ad una somma della quale non sarebbe in grado di apprezzare i benefici e ciò contrasterebbe con la chiara finalità riparatoria del sistema...» (è un dato tratto, ancora una volta, da COMMANDÈ, Le «non pecuniary losses» in «common law», cit., 486).

(26) D'altra parte, che il risarcimento per equivalente sia, di fatto, la via maestra anche nel caso del danno biologico e del danno morale è cosa che non dovrebbe più scandalizzare; sul punto cfr. le osservazioni di GAMBARO, Ancora in tema di falsa luce agli occhi del pubblico, cit., 348 ss. Per una sintesi della teoria generale del risarcimento del danno v. C. SALVI, Danno, voce del Digesto priv., Torino, 1989, 63 ss.

(27) Per un paradigma naturalistico delle voci del danno alla persona tratto dall'indagine comparatistica v. P.G. MONATERI, La Costituzione ed il diritto privato: il caso dell'art. 32 Cost. e del danno biologico («Staatrecht vergeth, Privatrecht besteht»), in *Foro it.*, 1986, I, 2978, in nota; sul

risarcimento del danno alla salute nei sistemi stranieri con particolare riguardo a quelli anglosassone e francese v. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, La riparazione dei danni alla persona, cit.

(28) La parola crittotipo è qui usata in senso allargato. La sua accezione giuridica si deve a R. SACCO, Introduzione al diritto comparato, 5ª ed., Torino, 1992, 125 ss.

(29) La verifica dell'ipotesi avanzata nel testo richiede uno spazio ben più ampio di quello riservato al presente scritto. Tuttavia, appare evidente come la nostra categoria del danno biologico non possa essere tradotta, ex abrupto, con una delle voci che compongono le non pecuniary losses; sul punto cfr. COMMANDÈ, Le «non pecuniary losses» in «common law», cit., passim spec. 472, 477 in nota, 491, 492 in nota.

(30) Noi partiamo dal presupposto che uno degli indici di affidamento del danno biologico sia il suo distacco o, comunque, la sua netta distinzione dalle altre voci di danno (in questo ordine di idee si pone PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, La riparazione integrale dei danni alla persona, in Studi in onore di R. Sacco, La comparazione giuridica alle soglie del III millennio, Milano, 1994, tomo I, 977 ss.). Ciò, ovviamente, non significa che, quando esso non sia calcolato separatamente, scompaia. In una indagine di due lustri fa – MONATERI e BOLLERO, Il «quantum» del danno alla persona, Milano, 1984, 140 – è stato messo in evidenza, a proposito dei metodi di quantificazione del danno alla persona basati sul sistema tabellare con calcolo a punto di invalidità permanente, che i risarcimenti allora riconosciuti dalle corti francesi risultavano superiori a quelli concessi dalla giurisprudenza italiana proprio perché comprensivi del danno alla salute.

(31) In uno studio francese sul tema che ci occupa sembra delinearsi un modo di pensare il *dommage corporel* molto simile alla nostra concezione di danno biologico: cfr. A. CHARAF ELDINE, *Le droit à réparation de dommages corporels stricto sensu resultant d'accident mortel, et sa transmission*, D, 1974, Doctrine, 37. Si può stabilire un'analogia tra natura onnivora del *dommage moral* e forza gravitazionale del *pain and suffering* anglosassone. Ma nel sistema d'oltralpe la concezione unitaria del danno sembra proiettata ad appiattire anche la differenza tra danno patrimoniale e non patrimoniale, cfr. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, La riparazione integrale dei danni alla persona, cit., 969.

(32) Non sono oggetto di questo studio le pretese iure proprio per la morte della persona cara, ma è naturale presumere che laddove ad esse sia concesso più spazio – l'allargamento della cerchia di persone legittimate ad agire iure proprio voluto dalla giurisprudenza d'oltralpe è addirittura un rilievo da manuale di diritto comparato: v. ZWEIGERT e KOTZ, Introduzione al diritto comparato, Milano, 1995, 310 s. – si è portati, quasi d'istinto, a contenere le pretese iure hereditario.

(33) L'evoluzione dei metodi di quantificazione del danno biologico conta una storia travagliata, tutt'ora siamo lontani da un accordo generale. Tuttavia, l'aver sottratto il danno biologico all'incertezza della sola valutazione equitativa sembra una conquista acquisita. In proposito, si veda la strada indicata da P.G. MONATERI, Un quadro di riferimento teorico per il risarcimento pratico del danno alla salute, in Resp. civ., 1988, 74 ss.; dello stesso autore v. Danno alla persona, voce del Digesto priv., Torino, 1989, 80, ivi riferimenti; amplius MONATERI e BOLLERO, Il «quantum» del danno alla persona, cit. D'altra parte, l'imprevedibilità del metodo di quantificazione è sentito in common law come un motivo di non perfetto funzionamento della categoria delle non pecuniary losses; sul punto cfr. COMMANDÉ, Le «non pecuniary losses» in «common law», cit., passim, spec. 481 in nota, 491. Non essendo qui possibile neanche accennare ad una ricostruzione dei metodi di quantificazione scelti dalla giurisprudenza, ci limiteremo a segnalare l'ultima novità, ovvero le tabelle messe a punto dal Tribunale di Milano, pubblicate su Il Sole 24 Ore del 14 febbraio 1995.

(34) La teorica sul danno biologico come *tertium genus*, comunque riconducibile all'art. 2043, reca le stimmate di un escamotage per aggirare le strettoie di un dato normativo 'giurassico' quale l'art. 2059, e per questo non raccoglie unanimi consensi in dottrina (v., ad esempio, BONILINI, Danno

morale, voce del Digesto priv., cit.). Tuttavia, essa sembra rappresentare l'unico punto di partenza interpretativo per poter dare effettività al danno biologico.

(35) L'affidamento dei metodi di quantificazione è direttamente proporzionale al progresso della scienza medico legale; per uno sguardo alle problematiche medico-legali, v., fra gli altri, AA.VV., *Le piccole invalidità permanenti in responsabilità civile: valutazione medico-legale e costo economico a cura di F. INTRONA e D. RODRIGUEZ*, Milano, 1994, ivi anche alcuni contributi in chiave comparatistica. In questo ordine di idee, il danno morale diviene effettivamente un contenitore dove riversare tutto ciò che non è misurabile con gli strumenti medici, una categoria residuale con finalità eminentemente punitiva.

(36) Nel caso in cui il danneggiato muoia, pendente il giudizio di liquidazione, per cause indipendenti dal fatto lesivo di cui si discute, la liquidazione dei danni futuri va fatta con riferimento alla durata effettiva della vita del danneggiato: in questo senso Cass. 14 aprile 1989, n. 1809, Foro it., Rep. 1989, voce Danni civili, n. 133; 13 ottobre 1980, n. 5484, id., Rep. 1980, voce cit., n. 80, in senso conforme, Cass. 25 febbraio 1967, n. 437, id., 1967, I, 734. Così ragiona anche la Cassation d'oltralpe in riferimento alla incapacité permanente partielle, ma senza la precisazione che la morte debba derivare da cause indipendenti dal fatto lesivo in causa, v., in massima, Cass. civ., 19 febbraio 1992, JCP, 1992, IV, 1192; 27 febbraio 1991, id., 1991, IV, 161.

(37) Cfr., da ultimo, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La riparazione integrale dei danni alla persona*, cit., 978 s., ivi riferimenti.

(38) Non si può non condividere la preoccupazione di chi vede nell'utilizzo della categoria del danno evento l'errata identificazione tra atto lesivo e danno (cfr., da ultimo, F. DI GIOVANNI, *Sulla risarcibilità «iure hereditario» del danno da uccisione (spunti per una riflessione sulle concezioni del «danno»)*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1995, 88 ss.). Tuttavia, la sua applicazione al danno biologico sembra funzionalmente limitata ad enfatizzare l'immediata diminuzione – purché, s'intende, sia effettivamente provata – della salute.

(39) Il riferimento è a CASTRONOVO, *Il danno biologico a causa di morte*. Aspettando la Corte costituzionale, cit., 553 ss., spec. 563, il cui itinerario argomentativo prende le mosse dal rifiuto quasi emozionale verso il dato «crassamente naturalistico» della materialistica e gelida separazione tra la vita e la morte, filosoficamente proveniente dall'indifferenza epicurea verso tutto ciò che avviene oltre la vita; ma poi giunge alla seguente conclusione: quando la morte è immediata, ovvero quando la morte sopraggiunga in «un tempo sufficientemente breve perché la perdita della vita non sia mediata da una grave compromissione della salute», la quale riveste autonoma rilevanza (come danno biologico propriamente detto), vi è la lesione o meglio l'annientamento del diritto alla vita ma «...la mancanza di una perdita come conseguenza immediata e diretta impedisce (...) il sorgere del credito risarcitorio».

(40) D'altra parte, la sofferenza cosciente può essere il presupposto del c.d. danno da emozioni ovvero del danno psichico, ma non sembra il fondamento del danno biologico complessivamente inteso.

(41) Riprendendo lo spunto offerto dalla sentenza 11169/94 ed evidenziato alla fine del § II, la base per il calcolo del danno biologico nel caso di specie sarebbe rappresentata dal cento per cento di invalidità permanente.

ROBERTO CASO