

ALVISE CECCHINATO

Buonasera a tutti, un benvenuto da Portogruaro a coloro che vi sono giunti da fuori Provincia e fuori Regione così numerosi. L'Avvocato Marzio Albano Presidente di questa Camera Avvocati, a cui da pochi mesi sono subentrato, ha instaurato una virtuosa tradizione, quella del convegno giuridico annuale. Io sono lieto di averla potuta mantenere grazie all'aiuto dei colleghi del direttivo.

Sono tempi difficili per l'Avvocatura che deve prendere atto di essere gravemente incompresa sia dal ceto politico quanto nel comune sentire, quasi noi Avvocati volessimo avvantaggiarci dei mali della giustizia che ci si sta rassegnando a considerare endemici. Non è questa la sede però per dibattere né delle cause, né dei rimedi di una tale situazione.

Tengo però a rilevare che il tema da noi scelto per questo convegno dimostra che il diritto e la dinamica del processo di cui noi Avvocati siamo componente fondamentale ed insostituibile non è solo forma e non è solo formalismo; il diritto è anche strumento di progresso, è anche battaglia di civiltà, può esserlo e deve esserlo. L'individuazione di nuovi danni alla persona è naturalmente l'affermazione dei nuovi diritti della persona.

Ben venga per l'Avvocatura una nuova stagione di impegno anche civile e anche sociale. Proprio a questi fini abbiamo ritenuto opportuno dare spazio e risalto a quella parte della dottrina e della giurisprudenza a cui si deve un approfondimento del diritto civile in termini non solo di logica, di dialettica, ma anche di valori umani. Di qui la scelta di contattare in primo luogo il professor Paolo Cendon, giurista la cui incidenza nel diritto vivente sempre a tutela dei più deboli non ha bisogno certo della mia presentazione.

I tempi sono ristrettissimi. Io non voglio assolutamente rubare tempo alle numerose relazioni.

Sono d'obbligo i ringraziamenti di rito oltre ai colleghi del direttivo e in particolare all'Avvocato Emanuele Forner, che ha curato la segreteria organizzativa di questo convegno. Ringrazio per la collaborazione le istituzioni, ossia il Consiglio dell'Ordine, la Regione Veneto, il Comune di Portogruaro, gli sponsor, ossia la Banca di Credito Cooperativo San Biagio del Veneto Orientale, la Società Cattolica di Assicurazione, le case editrici Giuffrè, Giappichelli e Zanichelli, le associazioni, l'Associazione Giuristi Cattolici di Pordenone e il Laboratorio Forense di Pordenone e la Fondazione Marconi, che ci ospita anche quest'anno in questa degna cornice. Con ciò io lascio la parola davvero volentieri al professor Cendon.

PROF. PAOLO CENDON

Grazie, buongiorno. Potremo cominciare con questa espressione questo incontro: vent'anni dopo, come il famoso libro di Alessandro Dumas, per chi l'ha letto, e chi non l'ha letto gli consiglio di leggerlo. Vent'anni dopo. Vent'anni anni dopo che cosa? Vent'anni dopo, visto che siamo nel 2006, vent'anni fa era il 1986. Il 1986 è, come certamente ricordate, l'anno in cui passa la legge 184, la famosa sentenza della Corte Costituzionale scritta da Renato Dell'Andro, che cambia completamente il danno alla persona, la sentenza che sposta ufficialmente il danno biologico nell'Art. 2043, aprendo una stagione che poi avrà anche molti altri seguiti, ma che certamente con questo evento comincia a fiorire in maniera inimmaginabile in precedenza. Il danno biologico, sdoganato dalle secche e dalle Forche Caudine del 2059 è affidato ad una norma di ampio respiro come il 2043.

Ma il 1986 è anche l'anno di un'altra sentenza che sarà fondamentale nella riflessione e nella costruzione degli esistenzialisti e una sentenza che forse conoscete e che vi racconto brevemente.

Il caso è quello di una donna che va da un medico per farsi curare perché ha dei disturbi all'apparato sessuale; il medico interviene ma secondo la donna interviene male, ed essa lamenta il fatto che, a seguito di questa malpractice, tutta una serie di cose che le donne fanno con il loro sesso sono fonte di grande dolore, tra le quali cose diventate dolorose dopo gli errori del medico c'è anche il fatto di fare l'amore. Lei dice: "Dacché il medico mi ha curato così male io non posso più fare l'amore con mio marito se non a prezzo di gravissimi dolori e chiedo complessivamente il risarcimento per queste ripercussioni negative biologiche di questo errore medico". Il Giudice ci pensa, riconosce che il discorso è fondato e risarcisce il danno.

Il discorso sembra finito, ma, ricordate, per chi conosce questa sentenza e il seguito, tutti escono dalla sala, salvo una persona, che è un uomo, il Giudice lo guarda e gli dice: "Lei chi è? Perché resta in sala?", "Signor Giudice, io sono fortemente interessato a quello che lei ha deciso", "E cioè?", "Io sono il marito". "Ah", dice il Giudice, "il marito ed è rimasto qua?", "Sì, sono rimasto qua e francamente, signor Giudice, lei capirà, mia moglie non può più fare l'amore con me se non urlando dal dolore, francamente ritengo anch'io di essere vittima di questo illecito posto in essere dal medico". Il Giudice riflette un po', sente che la cosa è un po' strana, ma sente che la richiesta è fondata e decide di concedere il risarcimento.

La sentenza rivela gli impacci e le difficoltà costruttive e ricognitive di questo Giudice, che si arrampica un po' sugli specchi per dare una cornice dogmatica a questa conclusione che pure gli sembra inevitabile.

A noi interessa poco questa conclusione, resta il fatto che una persona in famiglia viene risarcita per un danno che non è patrimoniale, perché il fatto di non poter più fare l'amore con la propria moglie se non con quella via maestra che il marito intendeva continuare a praticare, che da quel momento in poi avrebbe abbandonato e lui riteneva che questo abbandono, anche se le vie dell'amore sono infinite, ci sono mille altre strade di volersi bene, tuttavia c'è quella via maestra distillata dal destino milioni di anni fa e che alcuni ritengono essere ancora la migliore, si può discutere su questo punto, ma non si può contestare il diritto di quel marito di non doversi rassegnare alle altre vie pur possibili nell'esprimere la propria tenerezza nei confronti della moglie. Quindi il danno viene riconosciuto, non è un danno patrimoniale, non è un danno biologico, non è un danno morale. Non è evidentemente un danno biologico perché il marito non è stato toccato lui nella sua sfera psicofisica. Nasce questo danno con difficoltà trattenuto dal Giudice che è fondamentalmente un danno esistenziale. Noi da questa sentenza partiremo, proprio vent'anni fa, accanto ad altre sentenze molto anche aventi a che fare con la famiglia di cui si parlerà, partiremo da qui a Trieste per fondare proprio questa categoria del danno esistenziale. Se non ci fosse stata questa sentenza dell'86 della Cassazione il nostro lavoro sarebbe stato più difficile. Quindi nell'86 succedono queste due cose.

Nel corso dei vent'anni successivi sono successe poi tante altre cose. Quella teorizzazione che facemmo alla fine degli anni '80 e che sembrava, così, l'invenzione un po' patetica di alcuni sonnambuli o mattocchi triestini, cioè di inventare una nuova categoria del danno non patrimoniale, cioè il danno esistenziale, si è rivelata tutto sommato una cosa felice e fondata, seppure contro mille avversità e contro tante ostilità alla fine il danno esistenziale ha vinto, anzi, stravinto, visto che quest'anno sono passate addirittura due sentenze fondamentali, come certamente saprete, cioè la 65/72 del marzo 2006, che ha consacrato, addirittura a livello di Sezioni Unite, la figura del danno esistenziale. Poi è passata un'altra sentenza Scarano, sempre in materia di famiglia, Prima Sezione nel giugno, che ha di nuovo consacrato, sottolineato, vidimato questa figura del danno essenziale.

Quindi danno esistenziale carriera molto lunga, difficile, per certi versi anche molto incerta, pochi anni fa avevamo contro tutta l'Università, tutto il mondo ufficiale, ovviamente tutte le assicurazioni, avevamo contro quasi tutti, ma avevamo dalla nostra parte alcuni buoni alleati. Prima di tutto avevamo le vittime e quando una figura di responsabilità civile ha dalla sua parte le vittime è difficile che non vinca. Avevamo le vittime, avevamo la maggior parte degli Avvocati naturalmente, avevamo anche qualche Giudice. Quindi con queste

forze, che non sono trascurabili, siamo riusciti a vincere contro un establishment molto forte, potremmo davvero con un certo orgoglio e con una certa fierezza fare nostra la sigla che c'è sotto il monumento del Maresciallo Teketov a Vienna, che mio papà mi ricordava sempre da bambino quando andavamo con lui a vedere le partite di calcio a Venezia, in questa lapide c'è scritto: Uomini di ferro su navi di legno vinsero uomini di legno su navi di ferro, celebrando la battaglia che l'Italia perse contro l'Austria, contro l'Ammiraglio Teketov a Lissa nel 1866. Anche noi eravamo uomini di ferro su navi di legno e il danno esistenziale tuttavia ha vinto e oggi noi celebriamo un po' la vittoria di questa grande figura in generale, su una ribalta, quella della famiglia, che certamente è stata una delle più significative, perché un po' dappertutto, ma nella responsabilità civile in particolare, quello che succede in due ambienti è sempre vincente, è sempre trainante, quello che succede in famiglia, quello che succede nel lavoro. Questi due comparti del diritto civile hanno con sé il futuro sempre, la famiglia è stata una delle grandi protagoniste della parabola del danno esistenziale.

Oggi ne vedremo varie tracce. Credo che una rassegna molto ricca ed accurata sia del danno eso familiare sarà svolta da Rita Rossi, danno endo familiare sarà svolto da Maria Rita Mottola, sentiremo ricordarci questa galleria di figure, molto strane, molto bizzarre, alcune scandalose, alcune un po' eretiche o sconcertanti che ci sono.

Proprio entrando qui ne ricordavo una che vedo che fa un grosso effetto a tutti, la dicevo l'altro giorno a Parma, dove c'era un grosso convegno su queste cose, gli Avvocati di Parma erano trasecolati di fronte a questa indicazione in generale, perché quella di cui stiamo parlando oggi è una questione semisconosciuta tutto sommato. Io credo che la Camera Civile di Portogruaro abbia avuto davvero coraggio nel portare qui nel Veneto un argomento strano, bizzarro, sfuggente un po' agli schemi tradizionali. Ma pensate a questa sentenza che ho appunto raccontato a Parma lasciando a bocca aperta tutto il pubblico, anch'io devo dire che qualche perplessità ce l'ho avuta. Cioè, incidente stradale: muore un uomo e la sorella chiede il risarcimento del danno per il fatto che il proprio fratello è stato ucciso dall'automobile. Il Giudice riconosce che l'automobilista è colpevole e che il danno va risarcito e sta per quantificare un danno collegato al fatto che colei che chiede il risarcimento è la sorella della vittima. Ma questa persona, questa signora, questa ragazza, dice: "Sì, ma io non voglio essere risarcita come sorella perché sono anche l'amante di mio fratello, abbiamo avuto anche dei figli insieme, quindi voglio essere risarcita come moglie e non soltanto come sorella". Il Giudice Roberto Simone di Venezia fa una sentenza in cui la risarcisce non già come sorella, ma

addirittura come moglie. E' una sentenza obiettivamente abbastanza sconcertante, tant'è che nel nostro stesso sito "Persone e danno" abbiamo avuto due pareri diversi: c'è chi l'ha disapprovata e c'è chi l'ha approvata. Ecco, basta questo – e non è un caso limite – per capire, la famiglia è veramente molto strana, ogni volta che c'è in gioco l'amore, i sentimenti, il sesso, i figli succede di tutto, quindi non è un caso che molti degli episodi che sentiremo raccontarci oggi siano abbastanza sconcertanti. Quindi è un convegno sconcertante, che rompe molte coste, butta giù molti idoli, abbatte molti slogan e apre la via a cose che chissà come andranno nel corso del futuro.

Certo che la famiglia di oggi è una famiglia molto diversa del passato. Siamo qui nel Veneto, io stesso sono veneziano, una Regione tradizionalista, attaccata alle cose come erano un tempo e forse le cose un tempo erano molto meglio di oggi, certo irriconoscibile rispetto ad un tempo. Quand'ero bambino io a Venezia la famiglia era una cosa diversa da come la vedo uscire dai repertori di giurisprudenza.

Mi pare che il grande evento che ha sconvolto il mondo nel caso della famiglia sia stato il dicembre del 1970 quando passa la legge sul divorzio, credo che questo sia un po' il giro di boa, in cui improvvisamente la famiglia, che sembrava appartenere alle nuvole, al signore iddio, alle istituzioni, all'apparato pubblico, viene restituita ai protagonisti. Un braccio scende dall'alto e dice: la famiglia è cosa vostra, siete voi che decidete, tu marito, tu moglie, tu uomo, tu donna, che decidete tutto. Il divorzio è questo, la negozializzazione della famiglia e anche, come sempre, la responsabilizzazione, la riscoperta dei doveri, di quello che non era ancora l'Art. 143; i doveri, quindi sei libero di decidere quello che ti pare, puoi anche scioglierlo, ma hai dei doveri molto maggiori di prima, perché sei tu il garante, il protagonista di questa faccenda.

Direi che in larga misura la responsabilità civile esce da questo evento, c'è tutta una catena di leggi importanti che potremo ricordare, quello che noi chiamiamo il grande cielo delle leggi, che hanno cambiato il mondo anche in Italia, che hanno costituzionalizzato il diritto privato. Gli anni '70 sono un po' la punta dell'iceberg, ma ci sono tante altre leggi che occorre ricordare per fare sistema. Noi, per esempio, possiamo ricordare la legge sulla giusta causa, la legge sullo statuto dei lavoratori, la legge sulla adozione, quella sulla minore età a 18 anni, la grande riforma del diritto di famiglia, la legge 180 contro i manicomi, la legge sull'aborto, la legge sull'handicap, etc. etc. Tante leggi anche diverse ma che hanno un filo conduttore preciso e questa liberazione dell'uomo dal passato. Possiamo immaginare la legge sul divorzio - ecco un'immagine che potremo fare - come un cavallo di Troia: nottetempo nella cittadella del massimo del patrimonialismo, case e alberghi, per usare il linguaggio di Monopoli, entra un

cavallo di Troia, entra la persona nascosta, surrettizia, un po' clandestina; nottetempo esce e la persona comincia ad invadere un po' tutte le case, un pezzetto resta nel primo libro, un pezzetto va nel quinto libro, un pezzetto va nel quarto: il mobbing, la dequalificazione, i contratti, la malpractice medica, la psichiatria, certe altre cose, l'adozione. Lentamente comincia questo percorso di personalizzazione che secondo me ha avuto il suo epicentro proprio lì. E' un evento forte che non riguarda questo convento, quindi lo nomino soltanto, è un evento molto forte, un grande cambiamento, anche se forse la consapevolezza non è ancora.. ma non c'è mai la consapevolezza nei giuristi. Quando succedono le cose per un attimo nessuno se ne rende conto. Anche vent'anni fa, quando uscì la famosa sentenza Dell'Andro, nessuno se ne accorse. I giuristi non capiscono mai molto all'inizio. Ci vuole un po' di tempo, certe volte due anni, tre anni, anche cinque, perché una norma, perché una legge, perché un evento giurisprudenziale esca dal buio delle cose puramente alte, cifrate, dogmatiche, istituzionali e penetri giorno per giorno nelle cose.

L'altro giorno ero a Parma e, raccontando quello che vi sto raccontando, non potevo fare a meno di ricordare quel passaggio della Certosa di Parma, che poi ho scoperto che nessun parmense ha letto, cosa un po' strana, se ci fosse una Certosa di Portogruaro invece l'avreste letta certamente, c'è vi ricordate ad un certo punto – perché quelli di Portogruaro leggono la Certosa di Parma, leggono Stendhal – ricordate che ad un certo punto c'è Fabrizio Del Dongo che va a Waterloo perché vuole vedere Napoleone e lì sta due giorni, poi torna a casa e gli dicono: “Allora com'è andata?” e lui dice “Io non ho capito niente, ho visto truppe blu di qua, truppe rosse di là, cavalli, fumi, vapori, cannoni. Non ho capito assolutamente niente”. Ecco, anche noi giuristi siamo spesso così: succede qualche cosa una legge, una sentenza – anche sull'affido condiviso potrebbe essere così – per un attimo non si capisce niente; poi giorno per giorno ci si rende conto che qualcosa è cambiato, che è un punto di non ritorno. Anche questa legge importante secondo me, questa dell'amministrazione di sostegno, che non c'entra tanto, però un po' sì c'entra con la famiglia. Pensate, per esempio, quei casi di famiglia che tengono – forse ce n'è qualcuna anche a Portogruaro, spero di no – il loro pazzarello in casa nascosto con le catene perché se ne vergognano. Ecco un caso di responsabilità. Pensate ai casi in cui, per esempio, qualcuno chiede ancora l'interdizione del proprio congiunto, non sapendo con ciò di fare del male alla persona, invece che l'amministrazione di sostegno. Ecco un altro caso di responsabilità potenziale, secondo me, la famiglia che non sa occuparsi dei suoi soggetti deboli, che li maltratta, li dimentica, li opprime, se ne vergogna. Pensate anche a tutto questo.

La legge sull'amministrazione di sostegno è uscita tre anni fa, è un grande evento che sconvolge il diritto civile perché introduce una logica diversa dal passato, una logica fatta di affetto, di empatia, di ascolto, di mitezza, di stare dalla parte del soggetto debole. Basta una logica autoritaria, oppressiva, conculcatrice; tutta questa idea del diritto maschio, invincibile, irrefragabile, inderogabile dall'alto scompare, è un diritto dal basso, con la famiglia è anche molto così.

Siamo in campagna elettorale, si parla molto di pacs, si parla di partito democratico e la visione del diritto che sento spesso è sempre una visione dall'alto, si parla anche di cose importanti, tipo il testamento biologico, tipo pacs, buono, cattivo, chi è a favore e chi è contro, come se tutto il gioco avvenisse in alto. Certo che sono cose importanti queste, ma altrettanto se non più importanti molto spesso sono i giochi in basso che succedono. In fondo in famiglia ci sono stati cambiamenti significativi sul terreno legislativo, chi può ridimensionare la grande riforma del '75, anche la legge sull'affido condiviso sarà importante, certo anche i cambiamenti sull'adozione, anche la legge conta naturalmente, ma più della legge conta quello che succede per esempio a livello giurisprudenziale. Tutto quello di cui parliamo oggi non è materia legislativa, anche se il legislatore ogni tanto lo nomina, ma arrivandoci dopo. Per esempio nella legge sull'affido condiviso ricorderete che hanno cambiato anche il 709 ter e hanno introdotto quella norma che dice che c'è responsabilità civile in caso di abuso da parte dei coniugi, ma non è molto significativo. La responsabilità civile è una materia molto importante, ma che non ha bisogno di legislazioni, cammina per conto proprio, è autosufficiente. Il 2043 basta e avanza in larga misura e dove subisce degli impacci li travolge di solito, come dimostra proprio l'avventura del danno esistenziale. E' una cosa che succede in basso e quindi è una cosa che ha bisogno degli Avvocati, per esempio, come certamente ci spiegherà Bilotta fra un attimo, senza gli Avvocati questo istituto non cammina, ma cammina in basso, ci sono Avvocati che funzionano, Giudici che funzionano, allora il mondo cambia e cambia molto più robustamente e grandemente che non attraverso dei colpi di legislazione. Ecco, c'è questa caratteristica molto strana.

Oggi parliamo di responsabilità civile. Può sembrare una dimensione abbastanza tecnica, forse, o anche settoriale, parliamo solo di questo istituto fondamentalmente, risarcimento del danno in famiglia, che già è una cosa molto strana, ma parliamo solo di questo. Attenzione a non sottovalutare questo aspetto perché quello che succede nella responsabilità civile molte volte ha un sapore esemplare, un sapore paradigmatico; la responsabilità civile è un po', come dire, una sentinella, un avamposto, in una banda della fenomenologia

umana in cui il diritto non è ancora arrivato, il diritto non c'è ancora, però c'è un illecito, una cattiveria, un sopruso, una prevaricazione, un'aggressione e c'è una prima risposta a livello di responsabilità civile, che è un po' proprio l'avamposto che percepisce le cose. Quando c'è una prima sentenza da lì comincia qualche cosa, è cessato il non diritto, il diritto è arrivato, si deve cominciare a discutere e su quello poi germogliano molto spesso tante altre cose. Tutte queste cose le sentiremo dai nostri relatori. Il Presidente mi ha chiesto di fare un po' il...

AVV. ALVISE CECCHINATO

Io Presidente di un convegno sicuramente non sono all'altezza di farlo, quindi io al massimo posso, più che il preside, fare il bidello e tenere un po' d'occhio la scaletta perché i tempi ci preoccupano. Saluto il dottor Lazzaro, Presidente del Tribunale di Pordenone, che ci ha sempre aiutato anche nell'organizzazione dei convegni, quindi lo volevo ringraziare.

Possiamo cominciare, visto che siamo abbastanza in tempo.

PROF. PAOLO CENDON

Diamo la parola a Rita Rossi, che è un Avvocato di Bologna, sul primo tema: Danno eso familiare vent'anni di giurisprudenza.

AVV. RITA ROSSI

Grazie, buonasera a tutti. La sensazione diffusa oggi, in parte a ragione, riguardo al comparto eso familiare è che tutto sommato si tratti di un comparto della responsabilità civile che non è più in grado di suscitare grandi entusiasmi, quanto meno se raffrontato con il comparto endo. Questo perché tutto sommato si tratta di un settore in cui le questioni sono state affrontate, risolte e in cui si è raggiunto quindi un assetto pressoché definitivo. Vedremo tuttavia come questo sia vero soltanto in parte perché oggi come in passato, come sempre è stato fin qui, in questi vent'anni di percorso, in realtà proprio il terreno della responsabilità eso familiare ha costituito il fondale, l'occasione in cui si è andato affermando un nuovo diritto delle persone e ancora oggi questo movimento è in atto, sia pure sotto profili diversi da quelli di vent'anni fa o di dieci anni fa, ma è un percorso ancora in atto come vedremo andando avanti. Vent'anni di giurisprudenza, come diceva Paolo Cendon, dobbiamo andare al 1980, agli anni '80, in un momento di pieno svolgimento di quel processo importantissimo che ha radicalmente innovato il sistema risarcitorio della persona, che il professor Cendon ha definito, giusta ragione, di costituzionalizzazione, che possiamo anche chiamare di personalizzazione del

sistema risarcitorio del diritto privato e che di fatto è consistito nell'attribuzione di rilievo di considerazione per la persona, per le prerogative a-reddituali della persona. Quindi è stata accantonata quella impostazione tradizionale che era propria del Codice Civile del '42, dove l'attenzione era centrata essenzialmente sul denaro, sugli aspetti patrimoniali, sui contratti, sulle banche, sulla ricchezza e si dà rilievo alla persona. La persona diventa il protagonista della scena e la Costituzione che stava là dal '48 un po' addormentata come una colonna di marmo, così, abbastanza fredda e inamovibile, finalmente comincia a scendere nei rapporti tra privati. Ed è proprio quella giurisprudenza degli anni '80 sul danno biologico, oltre alle riforme legislative cui ha accennato il professore, che hanno, così, disegnato, colorato questo processo, dato sostanza a questo cambiamento radicale.

La giurisprudenza sul danno biologico. Il professore ha ricordato la sentenza 184/86, ovviamente fondamentale, io citerei anche una prima sentenza del 1979, la numero 88, che ha detto delle cose importanti, che rilevano anche nel profilo di cui io devo parlarvi e cioè: è stato messo in luce in quel momento dalla Corte Costituzionale che il diritto alla salute è una prerogativa dell'individuo, della persona, tutelata costituzionalmente dall'Art. 32 della Costituzione, allora questo significa che non può essere considerata mero interesse collettivo, ma una posizione giuridica soggettiva che ha valore, che va tutelata anche nei rapporti tra privati, tanto che nel momento della sua lesione merita risarcimento. Sul piano pratico che cosa significa questo? Significa che la persona non merita il risarcimento solo in quanto sia produttrice di ricchezza, ma in quanto venga compromessa in una sua posizione fondamentale, che è il benessere psicofisico. Dunque, anche se non lavora, anche se è disoccupata, se è uno studente, un pensionato, una casalinga, comunque deve essere risarcita. Ecco, è un po' questo il terreno in cui si innesta e trova soluzione quello che era stato il problema che aveva tormentato e tormentava in quegli anni la dottrina e la giurisprudenza riguardo al comparto eso familiare, cioè il problema di individuare la base teorica di riferimento che consentisse di estendere il risarcimento a favore dei congiunti della vittima, perché il problema di fondo era rappresentato dal fatto che il pregiudizio subito dal familiare della vittima, per così dire, primaria, diretta dell'azione lesiva era un pregiudizio di natura riflessa, un pregiudizio che appunto rimbalzava dalla vittima diretta dell'illecito, tanto che allora ostava alla risarcibilità, all'estensione della tutela aquiliana l'Art. 1223, cioè il fatto che si trattasse di pregiudizi riflessi impediva di ravvisare tra la condotta illecita all'evento lesivo e il pregiudizio subito dal congiunto un rapporto di consequenzialità di derivazione immediata e diretta che ne consentisse il risarcimento.

Siamo allora proprio nell'86 quando viene data la prima spallata importante, quando si ha la prima voce di superamento di questo problema teorico ed è proprio quella sentenza, che sempre ricordava il professore, del 1986 che ha riconosciuto il risarcimento del danno a favore di quel marito che non poteva più avere rapporti sessuali con la propria moglie.

Vorrei ricordare che in primo grado e anche in sede d'appello la domanda di quel marito era stata respinta proprio sulla base di quell'argomento ostativo che dicevo prima, cioè si trattava tutto sommato di un danno riflesso, quindi non era risarcibile.

La Corte di Cassazione, richiamando espressamente la sentenza della Corte Costituzionale sul danno biologico, percorre la stessa sequenza argomentativa e dice: così come il danno biologico consiste nella lesione di un diritto fondamentale della persona, che è il diritto alla salute, allo stesso modo noi dobbiamo ragionare per quanto riguarda il pregiudizio subito da questo marito, perché la persona, come sappiamo, che è legata da un rapporto matrimoniale a un'altra, ha un diritto reciproco nei confronti del coniuge ad avere rapporti sessuali, quindi ad esprimere la propria personalità proprio nell'ambito di questa formazione sociale, che è la famiglia, a sua volta costituzionalmente riconosciuta e salvaguardata dall'Art. 29 della Costituzione. Allora questo cosa significa? Che nel momento in cui l'illecito produce una conseguenza negativa come avvenuto nel caso di quella moglie, compromettendone la capacità, la possibilità di avere rapporti sessuali, nello stesso momento si determina una compromissione che è ugualmente immediata e diretta nella sfera personale del coniuge. Quindi in realtà, questa è la conclusione della Corte, non siamo di fronte ad un danno riflesso, ma siamo di fronte alla lesione di una posizione giuridica soggettiva tutelabile iure proprio, e cioè propria di quel soggetto, del marito. Ecco, allora, il collegamento con quel movimento a cui prima ho accennato di personalizzazione del diritto privato e del sistema risarcitorio e cioè lo stesso problema teorico di fondo che aveva, così, occupato le discussioni di quel periodo riguardo al settore eso familiare comincia ad essere superato proprio sul versante della valorizzazione dei diritti della persona che non siano interessi meramente patrimoniali e economici. Chiaramente questo problema troverà il suo superamento definitivo soltanto nel 2002 con una importante sentenza delle Sezioni Unite, ma credo che quello che conta soprattutto rammentare è proprio come questo movimento, così, accende vari fuochi e riceve riconoscimento e applicazione in varie sedi, tra cui anche, appunto, nell'ambito della responsabilità civile eso familiare.

Da lì a due anni abbiamo anche una sentenza di merito che ripropone e fa proprie queste argomentazioni, questa modalità nell'affrontare il problema; è

una sentenza del Tribunale di Milano del 1988 che riconosce il risarcimento del danno a favore dei genitori di una giovane che aveva subito una grave invalidità fisica, aveva riportato una grave invalidità a seguito di un incidente stradale. Il Tribunale di Milano ravvisa il diritto dei genitori a ottenere il risarcimento del danno poiché direttamente in capo a loro si era determinata la compromissione di un'altra posizione soggettiva costituzionalmente tutelata nell'ambito del rapporto coniugale familiare, che era il diritto alla serenità familiare. Quindi viene individuato questo interesse che fa capo ai genitori direttamente poiché il fatto di dover da lì in avanti assistere la giovane figlia resa invalida dall'incidente, quindi che aveva necessità di una continua assistenza di cure e accudimento, fa sì che i genitori subiscano questo pregiudizio, questa ripercussione nella loro sfera individuale, che merita appunto risarcimento.

Con queste due sentenze siamo tutto sommato ancora di fronte ad un approccio eventistico, quindi il percorso nel settore eso continua ancora, continua soprattutto orientato, centrato, da questo momento in avanti, sulla individuazione dei profili di pregiudizio che sono ravvisabili in capo ai congiunti, ovviamente mi riferisco ai profili del danno non patrimoniale. L'approccio eventistico si fermava appunto alla individuazione di un interesse protetto che meritava risposta sul piano risarcitorio senza approfondire, senza sondare nello specifico, nella realtà di vita vissuta del singolo danneggiato, della vittima quali fossero gli effettivi risvolti ripercussionali subiti.

Bisognerà attendere, sarà proprio con l'emergere della figura del danno esistenziale a partire dagli anni '90 che anche questo aspetto, questo versante del problema nel comparto eso comincerà ad essere affrontato e superato e qui ci muoviamo nell'ambito di quel movimento, che è appunto il movimento di esistenzializzazione del diritto privato, che ha l'indubbio merito, il grande merito di portare, introdurre nell'ordinamento, nel modo di risolvere i problemi del danno di tipo nuovo, quindi un approccio nuovo dell'interprete, che va a sondare, ad individuare, ad interpretare tutto l'insieme dei riflessi pregiudizievoli che il torto arreca in capo alle vittime. Abbiamo una prima sentenza del Tribunale di Torino sotto questo profilo del 1995 che riconosce il danno esistenziale che esprime, individua esplicitamente come danno esistenziale, anche qui in una fattispecie tutto sommato tipica tradizionale di responsabilità eso, cioè un incidente stradale, quindi di riconoscimento del danno subito ai genitori. Ma sarà soprattutto il debutto del danno esistenziale in Corte di Cassazione, con la storica sentenza 7713/2000, per quanto questa si riferisca ad una fattispecie di responsabilità endo familiare, che verrà così a creare questa fioritura rilevante, rigogliosa di sentenze di merito nel settore di cui ci stiamo occupando. Paradigmatica in questo senso, senza alcun dubbio, è

la sentenza del Tribunale di Agrigento del 2001, che riconosce il risarcimento del danno ai genitori e alla sorella di una giovane disabile psichica che aveva subito una violenza sessuale di gruppo e che a seguito di questa violenza aveva visto ulteriormente compromessa la propria condizione psicologica. Questo aveva generato, aveva, come dire, sconvolto nel vero senso della parola l'esistenza sia dei genitori, sia della sorella, perché da quel momento in avanti quella giovane sfortunata aveva avuto necessità di essere continuamente affiancata dai genitori e dalla sorella nella propria vita quotidiana e questo aveva prodotto in capo ai familiari da un lato la necessità di riorganizzare la propria vita quotidiana, quindi con una distribuzione del tempo di tipo diverso, quindi minor tempo dedicato al lavoro e al tempo libero sicuramente, un ribaltamento dell'agenda quotidiana, la necessità di dedicare, di sostituire ai propri progetti di vita l'accudimento, il conforto nei confronti della loro congiunta. Ma, altresì, e questo è un altro profilo rilevante di questa sentenza, l'evento aveva determinato un peggioramento nella qualità dello scambio affettivo e relazionale all'interno dei componenti di quel nucleo familiare, quindi non solo necessità di riorganizzare diversamente le attività quotidiane, di rinunciare a progetti di vita, ma anche proprio un peggioramento qualitativo nello scambio con le altre persone di quel contesto familiare.

Una sentenza importante come quella del Tribunale di Locri che nel 2000, mi pare, riconobbe a carico di una donna che non era stata informata dal ginecologo dell'esistenza di malformazioni nel feto e che quindi aveva partorito una bambina gravemente handicappata. A seguito di questo evento la donna, che non era stata messa in grado quindi di scegliere se proseguire o meno la gravidanza, aveva riportato una grave compromissione psicofisica tradottasi in uno stato di depressione, con necessità di ricorso a farmaci, crisi di pianto, rifiuto dei rapporti esterni, etc. Qui il Tribunale di Locri individua proprio questa figura, questa voce di danno, che qualifica esistenziale e che addirittura suddivide in due componenti: da un lato il danno esistenziale biologico, dall'altro il danno esistenziale puro, laddove il primo veniva identificato nei risvolti comportamentali che la propria condizione di sofferenza psichica determinava, quindi il rifiuto di uscire fuori, di farsi vedere, di avere rapporti sociali con altre persone; la seconda voce, il danno esistenziale puro, ravvisato invece proprio nel senso di disagio, di imbarazzo che questa donna di fatto avvertiva quando andava in giro con la bambina handicappata e si sentiva osservata in modo strano, come se le persone che la vedevano esprimessero un giudizio sul suo conto.

Abbiamo tante altre sentenze, non c'è sicuramente il tempo di soffermarsi su tutte, abbiamo il Tribunale di Torre Annunziata che liquida a favore di una

donna il danno esistenziale riportato per un aborto traumatico provocatole, abbiamo tante altre sentenze. Ma quello che soprattutto conta qui sottolineare è appunto come, attraverso la creazione della categoria del danno esistenziale, lo stesso comparto eso si presenta da un lato come occasione per l'affermazione, il riconoscimento di questa figura e quindi la liquidazione di una posta risarcitoria a tale titolo e dall'altro, diciamo, come il versante in cui la stessa Corte di Cassazione, qui occorre citare le famosissime sentenze gemelle del 2003, interviene per qualificare e specificare che quel tipo di pregiudizio subito dai congiunti per la perdita del loro parente, del loro figlio, genitore, fratello, è un pregiudizio che si sostanzia nella perdita del godimento del parente, quindi nella perdita affettiva, nel venir meno della possibilità di godere di quell'apporto. Allora si tratta di un danno che va risarcito in quanto venga allegato e dimostrato, in quanto si scenda nello specifico dell'esistenza del singolo individuo, del singolo congiunto, per cogliere, sondare i risvolti precisi, specifici che effettivamente si sono determinati nella sua vita. Questo è in estrema sintesi il percorso che è stato realizzato in questi anni, quindi siamo arrivati al 2003, fino agli anni più recenti.

L'ultima parte della mia relazione vorrebbe soffermarsi su quello che è il percorso nuovo, che cosa c'è all'orizzonte, se c'è qualche novità.

Ricordate, all'inizio ho accennato al fatto che questo settore del sistema aquiliano tutto sommato sembrerebbe non riservare più grosse sorprese. In realtà io credo che non sia così, perché la direzione che è stata intrapresa oggi da parte della giurisprudenza è quella di una estensione dell'area soggettiva della tutela. Nuove figure di vittime vanno affacciandosi, vanno chiedendo giustizia. Si tratta di figure legate da un vincolo e da un legame affettivo che non rientra nei modelli collaudati nel nostro ordinamento, quindi alle figure tipiche del coniuge, del fratello, del figlio vanno unendosi, vanno affiorando appunto questi nuovi parenti. Parlo di nuovi parenti perché tali li ha definiti la Corte di Cassazione in una recente sentenza, mi pare di giugno o luglio di quest'anno, di cui peraltro si è parlato per alcuni giorni sui giornali, anche se tutto sommato non ha avuto il rilievo che le si intendeva attribuire, nel senso che non ha apportato principi nuovi, tuttavia contiene un obiter rilevante, rilevante perché denota la sensibilità, l'attenzione che la stessa Corte di Cassazione dedica a cogliere i nuovi movimenti che si stanno determinando, generando nell'ambito della società civile.

Infatti la Corte di Cassazione dice in questa sentenza: teniamo conto che in un futuro prossimo nuovi parenti verranno a bussare alle porte dei Tribunali chiedendo giustizia per il torto subito, e questi nuovi parenti li dobbiamo eleggere con riferimento al movimento che va tentando di affermare il diritto e

la legittimità di una estensione della tutela risarcitoria a favore dei componenti di unione di fatto anche omosessuale. La giurisprudenza di Cassazione quindi da un lato coglie queste indicazioni nuove, dall'altro tuttavia, sempre con riguardo alla famiglia di fatto, è ancora assestata su posizioni tradizionaliste, mi riferisco a una Cassazione del 2005 che ha negato il risarcimento del danno ad una donna convivente da all'incirca un anno di un uomo, che muore in un incidente stradale. Poiché quella convivenza non era stabilizzata, non aveva una durata tale da poterla considerare assimilabile ad una convivenza coniugale, la Corte di Cassazione esclude la legittimazione di quella donna a chiedere e ottenere il risarcimento del danno.

Tutto sommato è la giurisprudenza di merito che fa da apripista, nel senso che ha il coraggio, per alcuni può trattarsi di un coraggio criticabile, audace, e mi collego alla sentenza del Giudice Simone che ricordava Paolo Cendon, una sentenza appunto - non sto a ripetere la fattispecie perché l'avete sentita - che comunque può essere criticata, ma riguardo ai possibili profili di critica il Giudice estensore è molto chiaro perché precisa: stiamo attenti, non dobbiamo accordare o meno la tutela risarcitoria a seconda che il convivente legato da un vincolo affettivo e quindi che sicuramente subisce un pregiudizio, prova una sofferenza, a seconda che faccia parte di un modello collaudato e accolto, accreditato nell'ordinamento oppure no. Noi dobbiamo scendere nella realtà sofferenziale di quella vittima e capire che cosa è veramente successo.

Allora, il fatto che si trattasse di un legame incestuoso tutto sommato non conta più di tanto, anche perché, e questo va precisato, era un legame di natura incestuosa, ma non costituiva reato, perché era mancato nel caso concreto l'estremo del pubblico scandalo che è necessario per poter integrare il reato di incesto in base al Codice Penale, tanto che - e questo è un passaggio secondo me significativo di questa sentenza - la comunità di riferimento di quella famiglia era una comunità che aveva accettato quella realtà, quindi tutti vivevano, convivevano con quella famiglia come se si trattasse di una famiglia normale, tanto che nel giorno dell'Epifania addirittura il parroco si recava a casa loro per fare la funzione religiosa. Tutto questo appunto per dire come la giurisprudenza di merito spesso sia antesignana di aperture che si propongono proprio nel settore eso familiare.

Ho ancora cinque minuti e questi cinque minuti vorrei dedicarli a un caso secondo me molto interessante, intrigante sotto certi aspetti, che è stato deciso con una chiusura molto forte da parte della Corte di Cassazione con una sentenza del luglio di quest'anno, ma che forse a mio avviso, poi questo è uno spunto di riflessione per tutti, ovviamente io non ho risposte certe su questo, ma che a mio avviso è stato un atteggiamento di chiusura eccessiva. La fattispecie

era questa: un ginecologo omette di informare la donna, la gestante, sul fatto che il feto è gravemente malformato. Però, attenzione, la colpa che viene accertata a carico del ginecologo è soltanto quella di non avere informato di malformazioni che erano congenite, quindi se il bambino fosse nato sarebbe comunque stato invalido. La donna non viene messa in grado quindi di decidere di scegliere se interrompere o proseguire la gravidanza. Nasce una bambina gravemente malformata, è la secondogenita, la primogenita era sana. I genitori allora chiedono il risarcimento nei confronti della struttura sanitaria e del medico, dei danni partiti in proprio, ma questo ci interessa meno, e dei danni subiti da entrambe le due figlie.

I Giudici di merito, confermati dalla Corte di Cassazione, escludono il diritto al risarcimento osservando che in capo alle bambine non poteva ravvisarsi la condizione di danneggiate. Riguardo alla primogenita sana perché non era stato specificato di quale pregiudizio si trattasse e quale fosse l'illecito che l'aveva pregiudicata; riguardo al nascituro perché appunto il fatto illecito si era determinato nel momento in cui non era nato e non è ammissibile nel nostro ordinamento il diritto a non nascere o comunque a non nascere se non sano. Cioè quel nascituro non avrebbe potuto mai scegliere di non nascere in quanto affetto da grave malformazione.

Il dato normativo è indiscutibile, in effetti la legge sull'interruzione della gravidanza contempla la possibilità di aborto soltanto nell'interesse della salute della donna, quindi quando vi sia un pericolo grave o serio per la salute della donna. Quindi si tratta di un diritto esercitabile esclusivamente dalla donna e per se stessa. Tuttavia va anche considerato - e qui mi riallaccio ad una Cassazione penale del 2000 - che in realtà il diritto al risarcimento che oggi quella bambina nata handicappata potrebbe far valere in realtà è il diritto di una bambina nata che si troverà a subire le ripercussioni esistenziali, quindi della sofferenza, che quella madre sicuramente, sulla base di un giudizio di probabilità che si può condurre anche ex ante, indubbiamente subirà. Quindi, di fronte ad una madre che, lesa nel proprio diritto di scegliere di interrompere la gravidanza, non ha potuto farlo e che con molta probabilità avrà riportato una compromissione fisio-psichica o comunque una sofferenza esistenziale perché la sua vita da quel momento in avanti non sarà più la stessa, è indubbio che anche le bambine, sia quella nata sana, sia quella malformata, subiranno le conseguenze che si concretano nel mancato o comunque in una qualità peggiore del proprio rapporto genitoriale con la propria madre. Questo è uno spunto di riflessione che io volevo lasciarvi e che, a mio avviso, indica come appunto il comparto eso familiare sia un settore, un ambito in cui ci possono essere ancora

delle aperture significative sul piano dell'allargamento dell'estensione del risarcimento alla persona.

PROF. PAOLO CENDON

Grazie a Rita Rossi per questa bellissima relazione. Di solito nei convegni, anche in quelli sulla responsabilità civile, i discorsi sulla prova e sulla quantificazione vengono messi in fondo, non c'è errore peggiore, secondo noi, la prova e la quantificazione sono centrali. Il danno esistenziale ci ha convinto dell'assoluta primizia di questo aspetto e quindi l'abbiamo affidato subito ad un eccellente giovane studioso, nonché Avvocato, mio allievo Francesco Bilotta, al quale do la parola.

AVV. FRANCESCO BILOTTA

Grazie Presidente, grazie ai colleghi di Portogruaro per averci inviato oggi qui con voi. Devo dire che quello della prova e della quantificazione non è un tema che affronto per la prima volta, ma lo faccio sempre con un rinnovato piacere perché secondo me questi incontri non sono soltanto utili per le persone che ascoltano, ma sono anche utili per chi poi deve parlare perché lo obbliga a riflettere su alcune cose che pensa di avere già pensato in una maniera definitiva e non più modificabile e lo obbliga a riconsiderare il percorso di una evoluzione, in questo caso il percorso di una evoluzione su come si risarcisce il danno esistenziale e soprattutto su che cos'è il danno esistenziale. Perché, parliamoci chiaro, nel momento in cui io redigo un atto di citazione o nel momento in cui io redigo una memoria istruttoria e articolo i capitoli di prova testimoniale, se non so che cosa io voglio provare, non ho precisamente chiaro qual è il mio obiettivo, probabilmente quell'atto di citazione, quella memoria istruttoria non avrà la stessa efficacia che invece potrebbe avere se io ho ben chiaro l'obiettivo che voglio raggiungere.

Allora, forse ripeto cose che già sono note, ma lo faccio un po' per ordine sistematico di esposizione, un po' perché non ci siano dubbi in chi mi ascolta su che cosa è per me il danno esistenziale. Il danno esistenziale è l'alterazione peggiorativa della quotidianità di una persona. Ho detto alterazione peggiorativa e non ho detto condizione in cui si trova la vittima a seguito di un illecito che la obbliga a fare qualcosa, perché potrebbe essere alterazione anche un non poter fare più. Danno esistenziale è sia una attività aggiuntiva che io prima non svolgevo, per esempio, illecita trasmissione di Hiv io tutti i giorni dovrò, tutti i giorni forse no, ma insomma spessissimo mi dovrò recare in day hospital, spessissimo dovrò fare delle analisi del sangue, dovrò monitorare la mia malattia perché l'abbassamento dei linfociti può essere improvviso e io devo

essere pronto ad intervenire da un punto di vista farmaceutico per poter far fronte a questo calo dell'immunità. Ma mi obbliga anche a non poter fare più questo illecito, per esempio: non posso più avere dei figli se non esponendomi a rischio di trasmettere la malattia a questi bambini.

Se l'illecita trasmissione dell'Hiv, per esempio, viene a danno di una donna che ha già partorito, ma sta allattando il bambino, la donna non può comunque allattare il bambino perché già l'allattare il bambino è fonte di un pericolo di rischio di contagio per il bambino. Quindi danno esistenziale ed alterazione peggiorativa della quotidianità della vittima, laddove per alterazione io intendo non solo la necessità di fare cose che prima non facevo, ma anche impossibilità di fare cose che prima facevo, si altera, questa è l'espressione molto intensa, figurata, se volete, che usa sempre Paolo Cendon, altera l'agenda della vittima, il danno esistenziale è l'alterazione dell'agenda, della quotidianità della vittima. Questo è il danno esistenziale.

Quanto vale il danno esistenziale? Le due domande quindi sono: come si prova e quanto vale, che cos'è e quanto vale il danno esistenziale.

Prima di rispondere a queste domande vi voglio fare un caso pratico, in modo che non rimanga una fumisteria teorica il mio dire: c'è una coppia di persone relativamente giovani, diciamo più o meno quarantenni, che dopo tanti sforzi riescono ad avere una gravidanza; più o meno miei coetanei per cui, insomma, diciamo giovani, va! Dopo tanto tempo riesce la signora a rimanere incinta, la gravidanza viene seguita ovviamente con l'attenzione che meritava, visto appunto anche la giovane età della signora. Fatto sta che il medico, ginecologo continua a sostenere che è assolutamente tutto a posto, che il bambino cresce normalmente. Si arriva all'ottavo mese e ad un certo punto, dopo l'ulteriore controllo routinario, si vede che c'è un arresto nella crescita del bambino, il peso non cresce più, si arresta. Ci si preoccupa, si fa un ulteriore controllo in un centro specializzato. Il responsabile del centro specializzato dice che c'è un ingrossamento della placenta, ma tutto sommato niente di anormale, potrebbe essere una disfunzione della signora, che ha questa propensione ad avere una placenta più grossa.

Viene dimessa. Dopo 15 giorni le si ordina una nuova ecografia, ormai arriviamo ad una settimana dalla scadenza del nono mese, quindi una settimana prima del lieto evento. La signora si sveglia e non sente come tutte le mattine muoversi il bambino nel ventre. Si allarma per questo, vanno subito in ospedale, fanno subito un'ecografia: il bambino è morto, una settimana prima che scadesse il nono mese. Ovviamente viene procurato il parto attraverso delle iniezioni; la signora partorisce questo bambino perfettamente sano morto. Viene dato morto in braccio al papà. La mamma purtroppo non può neanche vivere

questo momento perché era stata sedata, il che forse da un punto di vista psicologico per la signora sarebbe stato un bene perché avrebbe elaborato in una maniera diversa il lutto, quindi lei non vedrà mai il bambino; il papà invece lo prenderà in braccio morto.

Si fanno alcune indagini, loro non si danno pace per questo, avevano già scelto il nome, si chiama Angelo questo bambino, e decidono di andare avanti e cominciare tutta una serie di indagini attraverso consulenti tecnici. Viene fuori che né il ginecologo, né questo altissimo centro specialistico del Friuli Venezia Giulia si era reso conto che c'era un valore del – questo è il termine, io non sono un esperto di queste cose – didimero che era superiore di uno e mezzo rispetto alla media che avrebbe dovuto raggiungere. Il che significa che il sangue di questa signora si coagulava in un modo eccessivo, al punto che si erano creati dei trombi all'interno della placenta, per cui a un certo punto il sangue non affluiva più al feto e il feto muore. Di queste misurazioni del sangue ne sono state fatte diverse volte durante la gravidanza, quindi i medici avrebbero potuto, assolutamente in una maniera molto semplice, accorgersi di questa disfunzione e somministrare alla signora degli anticoagulanti in modo tale che tutto andasse come era normale. Ma, a parte questo, dopo che all'ottavo mese avevano fatto quel controllo per cui il feto aveva cessato di crescere, comunque avrebbero potuto disporre un parto cesareo, perché ormai eravamo all'ottavo mese, quindi era possibile far nascere quel bambino. Fatto sta che la negligenza patente di questi medici purtroppo è stata tale per cui oggi Angelo non è qua.

Qual è il danno esistenziale di questi due genitori? Io penso che nessuno dei presenti, sia o meno genitore, dubiti del fatto che la vita di queste persone è stata sconvolta, il punto è: come è stata sconvolta, quanto è stata sconvolta e soprattutto quanto vale questo danno esistenziale. Io non vi voglio dare una risposta, innanzitutto perché io ho una mia idea a riguardo e poi perché questo è un caso sub iudice e non mi va di parlarne, non lo trovo deontologicamente corretto perché aspetto prima una decisione di un Tribunale. Però vi volevo raccontare questa fattispecie per farvi comprendere che quello che ora vi sto per dire a livello teorico ha poi la possibilità di una applicazione pratica perché tutte le cose che io vi sto per dire poi io le ho trasfuse e le ho fatte diventare un atto giudiziario.

Insomma, non sono, non siamo perché questa è una cosa che si deve sicuramente a Paolo Cendon, dei teorici che stanno lì a pensare ai massimi sistemi, no; ogni volta bisogna che ci si ponga il problema di come queste idee poi trovino un riscontro nella pratica. Il danno esistenziale in fondo è questo: è guardare la vita delle persone in concreto e rendersi conto che la vita di una

persona è diversa dalla vita di un'altra persona. Quando si parla di personalizzazione del danno, spesso si usa questa formula come un artificio retorico, invece è una cosa importantissima perché obbliga tutti, le parti, quindi procuratori, a rendersi conto che devono ascoltare il proprio cliente, trasfondere nell'atto, non quello che hanno nella loro testa, ma quello che gli dice il cliente, se ne deve rendere conto il Giudice, che deve ascoltare la parte, che deve rendersi conto di qual è la portata della alterazione di una certa posizione giuridico soggettiva anziché un'altra, perché un conto è che mi sloga una caviglia, un conto è che mi uccidono un figlio. E se ne deve rendere conto il consulente tecnico d'ufficio, perché in questo dire della prova e della liquidazione poi la parte del consulente tecnico d'ufficio viene sempre un po' messa da parte, un po' perché sistematicamente la consulenza tecnica d'ufficio non è un mezzo di prova per cui propriamente se uno vuole fare l'accademico se parla della prova non può parlare anche della consulenza tecnica d'ufficio, però è una cosa importantissima la consulenza tecnica d'ufficio, primo per il modo distorto in cui la consulenza tecnica d'ufficio viene utilizzata. Spesso si delega al consulente tecnico d'ufficio tutto. Ha, tra l'altro, poteri di chiedere alle parti, al di là di quanto le parti chiedono di accertare e quindi di conoscere la realtà in una maniera molto ampia, spesso è quello che quantifica anche il danno, non si limita a dire: la percentuale dell'alterazione è x, è x e quindi vale y. Tante volte quella che è la relazione del consulente tecnico d'ufficio diventa esattamente il corpo della motivazione della sentenza. Non si ritiene di dover prendere le distanze dalle valutazioni del consulente tecnico d'ufficio in quanto adeguatamente motivate. Con questo si inserisce all'interno della motivazione della sentenza tutto quello che ha detto il consulente tecnico d'ufficio.

E' vero che la consulenza tecnica d'ufficio avviene nel contraddittorio delle parti, tutto quello che volete, ma credo che sia un abdicare da parte del Giudice da quella che è la sua funzione all'interno del sistema, cioè quella di darmi una risposta di diritto nel momento in cui io gli faccio una domanda su una questione giuridicamente rilevante.

Quindi entriamo nel vivo: come si prova il danno esistenziale? A questa domanda penso che in maniera abbastanza esaustiva ha risposto la Cassazione che si ricordava all'inizio a Sezioni Unite del marzo 2006, la numero 6572. Nella cartella so che c'è un mio componimento. Io chiedo scusa se non è il massimo della chiarezza, ma si tratta di una estrapolazione di un libro che sto scrivendo e ho avuto piacere di darlo ai colleghi di Portogruaro perché ne facessero copia per tutti voi, per cui tante cose io non ho il tempo di dirle, quindi rinvio a quello scritto. Quindi tutti i riferimenti, anche i luoghi di pubblicazione delle sentenze che sto per citare, poi li trovate lì.

La Cassazione a Sezioni Unite ha detto che per quanto riguarda il danno esistenziale questo può essere verificato mediante la prova testimoniale documentale o presuntiva, che dimostri nel processo i concreti cambiamenti che l'illecito ha portato in senso peggiorativo nella qualità di vita del danneggiato. Ora, con la Cassazione a Sezioni Unite noi abbiamo avuto una specie di decalogo, di statuto del danno esistenziale e una cosa che c'è assolutamente chiara, in verità a noi era chiara già prima, però ormai, come dire, è diventata acquisizione comune e cioè che il danno esistenziale è un danno conseguenza. Non vi lasciate più fuorviare, semmai la cosa vi è capitata, nella distinzione danno evento, danno conseguenza. Quello è il tipico esempio di un artificio retorico che la dottrina da un lato e la giurisprudenza dall'altro ha trovato perché non sapeva dare un nome alle cose che aveva sotto gli occhi. E' un artificio retorico perché non si sapeva in concreto che cosa fosse l'alterazione della vita di una persona, ma perché nessuno se lo chiedeva, questa è la verità. Noi eravamo abituati col danno morale soggettivo a presumere l'esistenza del danno, quindi non ci dovevamo chiedere che cos'era. Una delle cose più divertenti nei convegni all'inizio del danno esistenziale era che, gli avversari soprattutto, alla domanda: dimmi che cos'è il danno non patrimoniale allora, definiscimi il danno morale soggettivo. Allora *pretium doloris*, allora la sofferenza, le frasi che tornavano come una specie di refrain, ormai ci eravamo abituati. Ma nessuno si chiedeva: sì, va beh, ma in concreto prima della lesione e dopo la lesione la vita di quel soggetto ma come era? Che cosa è cambiato? Allora danno evento, in re ipsa, io non mi devo porre questa questione, non solo non me la so porre, non me la voglio porre, non me la devo neanche porre, perché il danno è in re ipsa; ecco la formula magica, non per niente si usa il latino, evoca misticismo: in re ipsa. Ora ci torneremo in chiesa, cioè ci torneremo, io non ci tornerò, ma, insomma, chi tornerà in chiesa potrà continuare a ripetere queste formule in latino che fanno tanto misticismo. La giurisprudenza e la dottrina, per carità, quando vuole usare la retorica innanzitutto usa il latino, chiedetevi perché.

Il danno esistenziale ci ha consentito di andare al di là di questo velo, di squarciare il velo di Maia; ci ha consentito di chiederci: va beh, questo caso in particolare della signora che si è trovato il bambino morto in grembo, ma in concreto la vita come le è cambiata? Io sono stato giorni a parlare con queste persone, che peraltro erano stati seguiti da uno psicologo bravissimo che aveva fatto tutta una cronistoria della vita di queste persone dopo il decesso del bambino e a chiedergli: "Ma che facevate prima? Uscivate, andavate con gli amici? Svolgevate delle attività lavorative che ora non svolgete più? Avevate degli hobby che ora non fate più? La vita, per esempio, con l'altra bambina"

perché poi per fortuna hanno avuto una gravidanza successivamente “come è cambiata? Il vostro rapporto con questa bambina è stato influenzato in qualche modo da quel trauma che avevate vissuto precedentemente?”. Fatte tutte queste domande poi mi sono chiesto: “Ma chi ha assistito a questo cambiamento peggiorativo della vostra vita? Avete delle persone che frequentate abitualmente? Ci sono dei familiari che con voi hanno sostenuto il momento successivo a questo grave lutto?” e ci siamo fatti man mano la nostra lista testimoni. E io in questo momento, ancora se sono a pochi giorni dal deposito dell’iscrizione a ruolo di questo atto di citazione, io so perfettamente in questo momento a chi e che cosa devo porre delle domande per provare il danno esistenziale, ma semplicemente perché mi sono già posto nell’ottica di raccontare al Giudice concretamente, nella fase istruttoria, che cosa in concreto è stata l’alterazione della vita di quelle persone. Allegazione e prova, questo è un altro binomio che la Cassazione ha messo in evidenza in maniera molto importante.

Io non solo devo dire al Giudice e dimostrargli ovviamente nella fase istruttoria che ho avuto un’alterazione esistenziale, gliela devo anche raccontare fin da subito perché, vuoi non riesca a provare con una prova diretta il danno esistenziale, vuoi che il Giudice voglia far uso spontaneamente delle presunzioni, allegare il danno esistenziale significa avvantaggiare il lavoro del Giudice, significa aiutarlo nel momento in cui, usando le presunzioni voglia risarcire il danno esistenziale.

Quanto vale il danno esistenziale? Su questo vi sono state diverse proposte. C’è il sistema tedesco, c’è chi si è inventato, peraltro un Magistrato, tra l’altro amico carissimo fin dall’Università, si è inventato una formula, che è la cosiddetta formula liberati. Io fin dall’inizio gli ho esposto le mie riserve, soprattutto perché c’è un problema a monte, cioè lui mi dice come faccio a calcolare il danno esistenziale, sulla base di alcuni parametri, come sono l’età, il tempo dell’alterazione esistenziale e così via; il problema è che il valore vita, come lo chiama lui, cioè il valore base su cui si dovrebbe calcolare tutto il danno esistenziale lui non mi dice qual è, allora sto daccapo a dodici; o uso l’equità o uso la formula liberati alla fine siamo allo stesso punto. Certo la formula liberati mi aiuta perché in sede di motivazione mi dice quali sono i passaggi logici che io ho fatto per partire da una certa cifra e arrivare al risarcimento del danno esistenziale, ma il problema è spiegarmi perché è partito da quella cifra e non da un’altra.

La Cassazione cosa ci dice? La Cassazione ci dà in verità delle indicazioni un po’ troppo vaghe a mio avviso, probabilmente è anche giusto così, in fondo la Cassazione non è un Giudice di merito è un Giudice di legittimità, però,

insomma, forse qualcosa in più, visto che è ritornata più volte sul punto, avrebbe potuto dire. La Cassazione sostanzialmente mi dice che non devo fare alcuna duplicazione, che devo usare il metodo equitativo puro e che ho bisogno, nel motivare la mia decisione, di individuare dei parametri, degli indici che consentano, a chi deve valutare la correttezza della decisione del Giudice, di seguire il suo percorso logico e di verificare che l'equità non è arbitrio in quel caso lì. Ma il problema, ripeto, è la cifra da cui partire. Spesso e volentieri i Giudici che fanno? Determinano il danno esistenziale come una percentuale di qualcosa, che è di volta in volta il danno biologico o il danno morale. Liquidano il biologico e poi dicono: si ritiene equo risarcire il danno esistenziale o la lesione di interessi costituzionalmente rilevanti afferenti alla persona con il 40% del danno biologico, 20% del danno biologico, il 50% del danno biologico; e finisce lì la motivazione. Ora, questo mi sembra un po' pericoloso, mi sembra pericoloso perché fa venir meno quella che è la funzione culturale sostanzialmente del danno esistenziale, è l'aiuto poi più grande che il danno esistenziale dà in sede pratica concreta, perché evita questa percentualizzazione automatica di chiedermi: ma la vita di quel soggetto com'è cambiata in concreto? Evita questa percentualizzazione automatica di personalizzare il risarcimento del danno. Due casi non sono mai uguali, non solo perché sono diversi magari gli interessi lesi a monte, ma perché l'organizzazione di ognuno di noi, della vita di ognuno di noi è diversa; lo stesso danno potrebbe avere delle ricadute, dei cascami negativi nella vita di ognuno di noi diverso da quello dell'altro. Quindi, posto che abbiamo avuto lo stesso danno biologico, può darsi che la mia alterazione esistenziale sia molto diversa da quella di un altro, con la percentuale automatica del biologico questa diversità, questa personalizzazione viene meno.

Ora, la mia proposta è stata discussa ed effettivamente è discutibile come tutte le cose umane e cioè io propongo sostanzialmente un ragionamento analogico a partire dalle tabelle per il risarcimento del danno biologico. Faccio questa considerazione che poi è stata ripresa da già alcune sentenze, ma dallo stesso osservatorio del Tribunale di Milano sul risarcimento del danno non patrimoniale e cioè che nelle tabelle del danno biologico è incorporata sostanzialmente l'alterazione esistenziale standard conseguente alla menomazione psicofisica. Per cui, se io ritengo che nella cifra tabellare sia incorporata l'alterazione standard dell'esistenza di un soggetto a seguito di una lesione psicofisica, se io allego e provo delle alterazioni esistenziali ulteriori rispetto a quelle standard, caratteristiche di quella singola vittima, evidentemente la cifra tabellare non è più sufficiente a realizzare la personalizzazione del risarcimento del danno. Devo cioè liquidare,

maggiorando la cifra tabellare oppure attraverso il metodo equitativo puro, devo maggiorare quella cifra che è stata determinata attraverso l'applicazione rigida delle tabelle. Però questo è il caso più semplice perché è il caso in cui il danno esistenziale derivi da una lesione psicofisica. Il punto è che ci potrebbero essere dei danni esistenziali che sono svincolati completamente dall'alterazione psicofisica ed ecco qua che entra in gioco quello che vi dicevo prima, cioè della proposta di ragionamento analogico in cui i ruoli dei vari protagonisti del processo a mio avviso vengono esaltati; da un lato il ruolo dell'Avvocato rispetto all'allegazione, dall'altro il ruolo del C.T.U., che speriamo che faccia solo il C.T.U. e che mi venga esattamente a dire - con la sua competenza scientifica che di volta in volta potrebbe essere medica, potrebbe psicologica, potrebbe essere psichiatrica e così via - qual è la menomazione, l'alterazione di quella determinata vittima e poi il ruolo del Giudice, che veramente deve fare un saggio uso dell'equità, che ovviamente non è arbitrio, ma è giustizia del caso concreto.

Allora io dico: se do come alterazione esistenziale più alta, totale, il 100% del danno biologico, 100% del danno biologico significa che qualcuno è a letto immobile, non può fare assolutamente nulla, nulla delle attività realizzatrici della persona che uno si può immaginare. Dopo di che, e qua è una sorta di accordo che facciamo, dividiamo per semplicità la vita di una persona in cinque aree: un'area riguardante le attività biologico sussistenziali, un'area riguardante le relazioni affettive di carattere familiare, un'area che riguarda le attività lavorative, un'area che riguarda le attività sociali, politico associative e infine un'area che riguarda tutto ciò che concerne lo svago.

Una volta che io ho schematizzato la vita di una persona in questi cinque insiemi, prendo il 50% del danno biologico, che significa che io in nessuno di questi insiemi posso svolgere assolutamente niente, e dividendo per 5 ho il valore di ciascuna area realizzatrice della persona.

A questo punto posso avere una biforcazione: o l'alterazione esistenziale mi viene da una lesione di carattere biologico, per cui il danno biologico, cioè la prima area, l'attività biologica sussistenziale è già calcolata attraverso la percentuale di biologico che io ho dato alla vittima; oppure mi posso trovare in un caso in cui a monte non c'è una lesione psicofisica. Allora a quel punto che faccio? Dal valore 100% biologico sottraggo un quinto che equivale al valore dell'area biologico sussistenziale. A questo punto ho il valore delle singole aree. Ora non è detto che una certa lesione possa alterare il 100% di quell'area, probabilmente ci può essere una percentuale x, che può andare da 0 a 100 di ciascuna area e che mi dice quale è stata l'alterazione rispetto a quel comparto che la vittima ha subito. E' qua che entra in gioco il ruolo del Giudice e il suo

potere di carattere equitativo perché a questo punto, una volta che ho ponderato il valore di ciascuna area, si dovrà evidenziare da un lato quale area è stata compromessa, delle quattro rimanenti, non è detto che siano tutte e quattro quelle alterate, e in secondo luogo si dovrà considerare se l'alterazione di ciascuna area sia stata parziale o totale. Se è stata parziale si risarcirà percentualmente il valore di quell'area alla vittima dell'illecito. Spero di essere stato chiaro. Grazie.

AVV. ALVISE CECCHINATO

Grazie al dottor Bilotta. Nel frattempo nella mia introduzione avevo menzionato il Comune di Portogruaro tra le istituzioni che hanno reso possibile questo convegno. Ci ha raggiunti in sala il signor Sindaco, Antonio Bertoncello, che ci onora della sua presenza e che devo particolarmente ringraziare per quanto il Comune di Portogruaro, credo, spero, in relazione all'impostazione che abbiamo voluto dare quest'anno al convegno, c'è stato vicino e ci ha aiutato e lo invito per un saluto.

SINDACO ANTONIO BERTONCELLO

Buonasera a tutti. Io chiedo scusa del ritardo, ma purtroppo la funzione, il mestiere da Sindaco è improbo, nel senso che, per cercare di essere vicino per quanto è possibile ai problemi della città, non sempre si riesce ad essere presenti per tempo dappertutto, lo sforzo è quello che facciamo poi non sempre ci riusciamo. Comunque mi ero impegnato col dottor Cecchinato a portare il saluto dell'Amministrazione Comunale, che non vuole essere solamente un saluto formale e di rito, nel senso che con la Camera degli Avvocati da un po' di anni ormai c'è un rapporto di collaborazione costante e convinto e devo anche ringraziare la Camera e il suo Presidente per tutte quelle iniziative che ormai si fanno a Portogruaro, che aiuta ad affrontare alcune tematiche forti e anche di attualità in riferimento alla giustizia, che è un fatto molto importante che qualifica la nostra città e che dà la possibilità ai presenti di visitare la nostra città e di conoscerla meglio.

Dicevo prima, problemi di grande attualità e quindi che non sono solamente, a mio modo di vedere, problemi di ordine tecnico-specialistico, sono temi che riguardano la società, la società civile, nel senso che anche il convegno e i temi di oggi sono direttamente coinvolgenti rispetto alla persona e alle sue problematiche ed è importante che queste iniziative si svolgano perché ci consentono sempre di più di sbagliare di meno e di essere più vicini ai problemi della gente, ai problemi della persona, che diventa sempre più attuale in un mondo ormai dove non si riesce mai a fermarsi un attimo e a valorizzare noi

stessi; travolti dagli eventi forse a volte ci sfugge l'importanza stessa della persona e questo non è un bene, anzi, dobbiamo tutti fare una riflessione e cercare di cogliere sempre meglio questo aspetto.

Due battute. Non è il caso di affrontare i temi del Tribunale, delle sedi del Tribunale, dei problemi che hanno i Tribunali. Ricevo costantemente lettere di attenzione, di richieste, stiamo vivendo un periodo, governo di Centro Destra o Centro Sinistra pare di capire che non ci sia molta differenza rispetto all'attenzione, almeno attuale, rispetto alle problematiche quotidiane che ha il Tribunale. Poi quelle sulla strategia per adesso è un po' presto definirla, però almeno per le esigenze quotidiane mi pare che siamo sulla stessa linea.

L'Amministrazione Comunale di Portogruaro cerca di dare quello che può, anche contro, a volte, alla dirigenza perché la dirigenza è molto ligia a dire: non è competenza nostra, non vi do il visto di legittimità, non vi do il parere tecnico, contabile, amministrativo, purtroppo gli amministratori devono fare i conti anche con questo, però noi siamo convinti che prima risolviamo i problemi e poi vediamo di chi è la responsabilità. Visto che siamo tra Avvocati non credo di andare in galera perché mando della carta per lavorare ai Tribunali, quindi lo continuiamo a fare in maniera molto tranquilla e molto veloce.

Il tema poi della giustizia e della sicurezza in modo particolare è un tema molto rilevante che merita anche qui.. rispetto alla privacy e rispetto a questa richiesta costante di telecamere dappertutto io personalmente, pur non disdicendo questo mezzo, sono sempre un po' diffidente. Dopo alcune esperienze lavorative che ho avuto in videoconferenza, dove con una facilità estrema si entra dentro nella privacy, negli appartamenti, si entra dappertutto ormai con queste telecamere, con le zoomate, ho sempre qualche problema. Mi sono fatto portare un po' fuori.

Volevo dire sostanzialmente che l'Amministrazione Comunale è vicina alla Camera degli Avvocati, e non lo dico per ritualità o per formalità, siamo vicini perché l'affrontare i temi della giustizia significa affrontare il tema del cittadino e della persona ed è per questo che noi vi ringraziamo per quanto potete fare e per il contributo che date alla soluzione dei nostri problemi. Grazie.

PROF. PAOLO CENDON

Uno dei filoni più delicati e difficili di tutta la materia che oggi affrontiamo è sicuramente quello della nascita indesiderata; i bambini sono sicuramente una delle cose che esistono a questo mondo eppure certe volte non si vogliono i bambini, uno non li vuole, però il bambino arriva lo stesso, in questo caso è possibile immaginare una responsabilità? Ecco una domanda molto, molto difficile, e a rispondere a questa domanda abbiamo chiamato Maria Jole

Fontanella, che è uno dei Giudici più sensibili del Tribunale di Milano, autrice di alcune sentenze importantissime, molto coraggiose, molto delicate, molto intelligenti e alla quale adesso do la parola .

DOTT.SSA MARIA JOLE FONTANELLA

Grazie al professor Cendon per gli apprezzamenti forse immeritati e grazie a voi per l'ascolto.

Il tema che mi è stato affidato è quello della nascita indesiderata. Come diceva il professor Cendon, i figli sono gioie e dolori, spesso si desiderano e non si hanno, spesso si hanno nel momento in cui non si desiderano. Da qui questa categoria, che ormai è diventata una vera e propria categoria riconosciuta dall'ordinamento, della nascita indesiderata. Però, prima di affrontare il merito dell'argomento, mi sembra opportuno precisare che cosa si intende per nascita indesiderata. L'espressione si ricollega strettamente all'errore medico: la fattispecie della nascita indesiderata si verifica allorché un figlio non è un lieto evento, un evento desiderato, ma è conseguenza di un errore medico. Di conseguenza la nascita indesiderata non è altro che uno degli aspetti della responsabilità medica, responsabilità medica che a sua volta in questo momento rappresenta uno dei settori più consistenti della responsabilità civile.

Le aule giudiziarie sono molto spesso protagoniste, assistono a queste richieste di risarcimento per responsabilità medica, al punto tale che la dottrina ormai definisce la responsabilità medica un sottosistema della responsabilità civile di origine pretoria. Quindi, così come è per la responsabilità medica, anche la responsabilità per nascita indesiderata si realizza un punto di incontro tra i due tipi di responsabilità fondamentali che conosce l'ordinamento: la responsabilità contrattuale, che consiste nell'inadempimento di una obbligazione precedentemente assunta e la responsabilità extracontrattuale, che invece si concentra sul fatto illecito e sull'ingiustizia del danno. Ecco, anche nella costruzione del danno da procreazione si verifica un'osmosi tra queste due fonti di responsabilità e ne nasce una figura che ha delle caratteristiche a sé e che prende elementi da uno e dall'altro tipo di responsabilità senza integrare nessuna delle due.

Ovviamente questa osmosi che è stata pensata, è stata creata dalla giurisprudenza, non è stata una operazione facile e non è neppure una operazione conclusa. Ci sono molti problemi ancora aperti sul tappeto e uno di questi, di cui approfondiremo poi nel corso della relazione, è quello della individuazione dei danni risarcibili; quali sono cioè le conseguenze della nascita che possono essere imputate al medico, quali sono le conseguenze che

rispondono ai requisiti dell'Art. 1223, che vuole i danni risarcibili, quelli che sono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento.

Questo è uno dei problemi che pone la fattispecie della nascita indesiderata, ma procediamo per ordine.

Innanzitutto, come vi ho detto, questo contenzioso nell'ambito del contenzioso più vasto della responsabilità medica sta divenendo consistente. Da una decina d'anni circa le domande di riparazione del danno da nascita indesiderata stanno diventando sempre più frequenti. I motivi sono abbastanza evidenti e sono da un lato il valore che ha assunto la persona, la centralità della persona nell'ordinamento, e su questo non mi dilungo perché il professor Cendon l'ha fatto molto meglio di me. Dall'altro lo straordinario progresso scientifico che ha fatto sì che tutta la vicenda della gravidanza, dal concepimento in poi, sia monitorata quasi giorno per giorno. Questi strumenti di diagnosi di gravidanza e poi di sviluppo del feto sono diventati sempre più sofisticati, per cui la vicenda del concepimento e della procreazione non è più, come un tempo, affidata alla casualità, alla natura o a quant'altro, ma è diventata un evento che può essere scelto, determinato e seguito momento per momento fino alla nascita. Di conseguenza sono proprio i comportamenti dei medici, le scelte tecniche che vengono adottate, che vengono in esame e che vengono portate all'attenzione dei Giudici perché siano valutate sotto due profili: da un lato la valutazione deve riguardare il controllo che queste scelte tecniche rispondano a quella che viene definita la buona arte medica e dall'altro che i comportamenti tenuti dai medici siano di volta in volta corrispondenti alla diligenza che la situazione concreta richiedeva.

Quali sono i soggetti coinvolti nella vicenda della nascita indesiderata? E poi vedremo se e in che misura legittimati a chiedere il risarcimento. Innanzitutto la madre e il padre, quindi i genitori che si trovano loro malgrado ad essere genitori, pur non avendolo scelto. Poi ovviamente il nato, il quale – è stato già accennato – per omessa diagnosi di malformazioni si trova a nascere portatore di handicap o con delle gravi lesioni. Da una parte quindi questi soggetti, i danneggiati. Dall'altra parte il responsabile, cioè il medico, in particolare l'ostetrico ginecologo.

Si tratta di una specializzazione, quella dell'ostetrico ginecologo, che è particolarmente esposta a rischi perché questo tipo di medicina comporta un rischio, una responsabilità nei confronti di due soggetti: da una parte la madre, la gestante, dall'altra parte il nato. Questo, mi dicono, è il motivo per cui le polizze di assicurazione per i medici ostetrici ginecologi sono elevatissime, pari quasi a quelle dei chirurghi estetici. Comunque questi i soggetti coinvolti nella vicenda.

La giurisprudenza se ne sta occupando relativamente da poco tempo, ma in realtà negli anni '50 ci fu una primissima sentenza, che viene ormai sempre citata parlando di questo argomento, che è un po' antesignana, perché ha fatto da apripista su questo problema, ed è la sentenza del Tribunale di Piacenza, che risale addirittura al 1950. In quell'occasione i Giudici dichiararono la responsabilità dei genitori per avere voluto procreare pur essendo consapevoli dell'alto rischio, poi verificatosi, di trasmettere al figlio la loro patologia. In quell'occasione i Giudici dissero: se è fatto illecito trasmettere la LUE ad una persona sana ugualmente ragionevolmente dovrà essere questa stessa condotta di trasmissione di una malattia ad un concepito, ad una persona futura. I Giudici perciò condannarono i genitori a risarcire il danno che avevano provocato al figlio facendolo nascere portatore di questa malattia.

La sentenza rimase del tutto isolata e poi fu immediatamente riformata dalla Corte d'Appello, per cui non se ne parlò più. L'importanza però della sentenza rimane perché per la prima volta, per quei tempi, i Giudici posero sul tappeto problemi che poi sono stati e sono tuttora oggetto di dibattito e non sono stati risolti. Problemi quali la configurabilità di un danno che si verifica con la venuta in vita di un soggetto in stato di malattia. Il problema della soggettività giuridica del concepito e dell'attitudine a rappresentare l'espressione concreta del fatto illecito altrui. La qualificazione del concepito come illecito, come espressione proprio del fatto illecito, come concretizzazione dell'illecito.

Da allora in poi, parliamo degli anni '50, quindi a oggi, in un contesto socioculturale ormai profondamente trasformato, il danno da procreazione è diventato invece un fatto acquisito all'ordinamento.

La varietà e la vastità della casistica è tale che mi impone, per una chiarezza di illustrazione, di procedere per tipologie. Le classificazioni sono sempre un po' fredde e non rispecchiano, forse, esattamente quali sono i drammi umani e le vicende umane che vengono in esame. Ne faccio ricorso solamente per una chiarezza di esposizione e per essere sicura di potervi dare conto di tutte le ipotesi che la giurisprudenza ha affrontato. Quindi direi che c'è una bipartizione fondamentale nell'ambito della nascita indesiderata, che è quella di nascita indesiderata di un figlio sano e nascita indesiderata di un figlio malformato.

Nel primo caso, la nascita indesiderata di un figlio sano, si tratta evidentemente del fallimento di operazioni di sterilizzazione o di interruzione della gravidanza oppure di terapie contraccettive somministrate in modo errato o comunque inadeguato, per cui alla fine la madre, che si era sottoposta a queste pratiche proprio per l'aspirazione a non avere un figlio, si trova a procreare. Mentre invece per la nascita indesiderata di un figlio malformato facciamo un discorso a parte. Direi fermiamoci un attimo sulla nascita del figlio sano.

Alle pretese risarcitorie dei genitori le Corti di merito hanno variamente risposto, ma mi sembra che tutto sommato si possa individuare una linea generale uniforme. Innanzitutto i Giudici hanno evitato di dare giudizi di valore sulla vita.

Cito una sentenza della Corte d'Appello di Venezia che mi sembra molto centrata, che dice: "Per accertare che un evento ha provocato un danno è sufficiente accertare che in un determinato momento e per una determinata persona ha rappresentato un accadimento con conseguenze negative. Non serve quindi definire buona o cattiva una nascita, ma occorre accertare se tale nascita in un determinato momento e in un determinato contesto ha provocato o no un pregiudizio alla persona che intendeva non procreare". Quindi questa è stata l'impostazione, direi piuttosto serena della giurisprudenza. Negli anni successivi ci sono state poi invece prese di posizione più precise.

Cito il Tribunale di Milano del 1997 che ha escluso che la nascita di un bambino sano in conseguenza di un intervento non riuscito di sterilizzazione maschile in una famiglia in cui c'erano già 3 figli abbia potuto provocare un danno alla salute o un danno patrimoniale ai genitori. Tuttavia ha riconosciuto che l'errato intervento aveva leso il diritto di procreazione cosciente e responsabile e ha liquidato ai genitori un risarcimento determinato in via equitativa per il pregiudizio subito dalla necessità di destinare al mantenimento del nuovo nato somme che altrimenti sarebbero state destinate ad altri progetti, ad altre finalità.

Ancora il Tribunale di Monza in recenti pronunce, parlo del 2005, in ipotesi di nascite indesiderate di figli sani ha sostenuto in un caso che: "Pur riconoscendo l'errore medico per errata interruzione di gravidanza produttivo di danno risarcibile, non si vede quale danno morale o materiale possa essere causato dalla nascita di una figlia sana e vitale nell'ambito di una famiglia costituita, consolidata e con già altri due figli". In un altro caso che: "La nascita di un figlio rappresenta una esperienza positiva e un'occasione di crescita e arricchimento per la coppia e per i genitori. Tuttavia, ha riconosciuto il Tribunale, che tale evento, soprattutto quando non è programmato, non è desiderato, è fonte di svariati costi, di preoccupazioni, che si traducono in un danno che deve essere risarcito, senza che ciò implichi – vorrei sottolineare questa frase – una inaccettabile considerazione della vita umana in termini economici". Cioè mi sembra di poter rilevare da queste sentenze un messaggio della giurisprudenza nel caso di nascita di figli sani, anche se indesiderata, che è quello che comunque la nascita, la vita, è un fatto positivo e che effettivamente, se è vero che comporta dei pregiudizi patrimoniali per i genitori, questi poi sono compensati comunque dallo scambio di sentimenti, di sensazioni, di emozioni

che la procreazione dà e che compensano il sacrificio patrimoniale. Per cui sicuramente un indennizzo è stato riconosciuto perché comunque ci si trovava di fronte ad un errore, quindi ad una responsabilità medica, ma mai questo risarcimento può corrispondere alle spese di mantenimento, che sono costi, spese sicuramente che i genitori sostengono, ma che poi vengono compensate da tutta un'altra serie di arricchimenti non patrimoniali, ma che comunque hanno una valenza positiva. Quindi questo per quanto riguarda la nascita indesiderata di figlio sano.

Più complesso è ovviamente il discorso nel caso di nascita indesiderata di figlio malformato, portatore di handicap o comunque malato. In questo caso bisogna individuare altre due sottocategorie, che sono le malformazioni riconducibili ad errore medico per errata pratica nelle operazioni di estrazione del feto o nell'assistenza immediatamente successiva al parto oppure nella somministrazione di medicinali nel corso della gravidanza che hanno comportato poi delle lesioni del feto. Questa è un'ipotesi. C'è invece poi la nascita di figlio malformato per malformazioni genetiche, tare ereditarie, quindi malattie che il medico non avrebbe potuto evitare. Qui il tipo di responsabilità sarà diverso.

Procedendo per ordine: nella prima ipotesi, quindi malformazioni riconducibili ad errate manovre del medico, mi sembra evidente che in questo caso il medico risponde pienamente della malformazione e di tutte le responsabilità connesse. Quindi si tratta di un'ipotesi tipica di negligenza, imprudenza, imperizia della condotta medica, che lo espone al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali, in particolare esistenziali, come si è già accennato, sia del bambino, del nato, che si trova a vivere in una condizione di menomazione, sia dei genitori, che devono subire il trauma non solo della nascita, ma della nascita di un figlio in qualche modo limitato, malato e di tutti i componenti eventualmente della famiglia, perché è evidente che un evento del genere sconvolge il menage familiare e costringe tutti i componenti a fare i conti con una realtà, con abitudini di vita che non ci sarebbero state in ipotesi di nascita del figlio sano.

Il problema invece è più sottile per quanto riguarda la nascita indesiderata di un figlio malformato quando la malformazione non era comunque possibile evitare da parte del medico perché appunto è conseguenza di tare ereditarie, di problemi che si sono manifestati durante la gestazione e che non era possibile né prevedere, né prevenire.

In questo caso i problemi sono innanzitutto l'individuazione del nesso causale tra la condotta del medico e il danno, l'individuazione dei soggetti legittimati a chiedere e a pretendere il risarcimento e l'individuazione dei danni risarcibili.

La giurisprudenza è direi pacifica nel ritenere che in questo caso il medico non risponde della malformazione. La malformazione si sarebbe verificata comunque, per cui il nesso di causalità tra la condotta e l'evento pregiudizievole va individuato nella lesione del diritto della madre alla possibilità di scelta di non proseguire la gravidanza. Il medico, sottacendo la condizione del feto, ha impedito alla madre di decidere consapevolmente e responsabilmente se proseguire o no la gravidanza. Così impostato il problema, occorre quindi valutare il comportamento del medico sotto due profili: da una parte in che modo sia stato adempiuto all'obbligo della informazione e dall'altra parte se la madre si trovava nelle condizioni per poter concretamente esercitare il diritto all'interruzione della gravidanza.

Per quanto riguarda il consenso, ormai è risaputo che il medico ha uno specifico obbligo, è uno degli obblighi che gli impone la deontologia professionale di portare a conoscenza il paziente in genere e in particolare la gestante di tutti i rischi connessi alla gravidanza. In particolare il medico che si occupa di esami ecografici, di esami diagnostici, ha un obbligo di informazione ancora più pregnante che, direi, diventa il contenuto stesso della prestazione, perché deve informare non soltanto dei generici rischi, ma deve essere in grado di leggere le ecografie, i vari strumenti diagnostici, di leggerli esattamente e di informare la madre su qual è lo stato del feto, come procede lo sviluppo del feto, quali sono i rischi, quali sono le possibili evoluzioni che può avere la gravidanza. Questo perché la madre deve essere perfettamente a conoscenza di come sta procedendo la gravidanza e quindi sapere se se la sente di portarla avanti o se, invece, preferisce ricorrere all'interruzione.

Anche però per quanto riguarda il diritto all'interruzione della gravidanza, come sapete, non è un diritto incondizionato, ma è esercitabile con modalità precise. Per cui nei primi 90 giorni la gravidanza può essere interrotta a semplice richiesta della madre. In un tempo successivo invece la gravidanza può essere interrotta soltanto se si prospettano, si profilano dei rischi per la salute fisica o psichica della madre o addirittura se c'è un pericolo di vita per la madre. In ogni caso c'è una prescrizione per il medico: anche nell'ipotesi in cui è stato superato il limite dei 90 giorni e sussistono le condizioni per l'interruzione della gravidanza, il medico deve comunque fare il possibile per salvare la vita del feto. Quindi c'è un obbligo del medico di intervenire comunque sempre a tutela della vita del feto, anche se il medico è consapevole che il feto è portatore di handicap e di malattie. Quindi il medico deve intervenire comunque per la vita, anche se ha la consapevolezza che darà alla vita una persona malata.

Allora, a questo punto, quindi, la valutazione che deve essere fatta per stabilire se il medico è responsabile della limitazione del diritto della madre di

interrompere la gravidanza è se il momento della conoscenza della malformazione del feto era nei 90 giorni e quindi avrebbe consentito alla madre di interrompere senz'altro la gravidanza senza dover dare altre spiegazioni o se la malformazione era conoscibile e quindi riferibile alla madre in un momento tale in cui era comunque possibile interrompere la gravidanza, perché è evidente che, se la malformazione era riscontrabile solamente in momenti successivi, la madre comunque non avrebbe potuto esercitare questo diritto e quindi non si profila una responsabilità del medico, anche in ipotesi di erronea lettura dei test diagnostici.

Per quanto riguarda le questioni poi più particolari di questo aspetto vorrei leggervi una pronuncia del Tribunale di Roma che dice che – sempre in relazione alla possibilità per la madre di fare ricorso all'interruzione della gravidanza –: “Il Giudice non deve accertare se si è instaurato un processo patologico capace di evolvere in grave pericolo per la salute e la vita della madre, ma se la dovuta informazione avrebbe potuto determinare l'insorgere di un tale processo”. Quindi è un giudizio prognostico che deve essere fatto. “Quello che rileva è il rischio di malattia della madre, non il suo effettivo verificarsi”. Su questa specifica questione c'è stata una evoluzione della giurisprudenza. In passato la Cassazione riteneva che fosse necessaria la prova rigorosa circa le intenzioni materne in ordine al ricorso alle procedure abortive, parlo delle pronunce del 1999.

Attualmente l'evoluzione della giurisprudenza della Cassazione è nel senso che: “In caso di perdita del diritto alla scelta se interrompere o no la gravidanza in presenza di malformazioni fetali è possibile assumere come normale e conforme al piano della regolarità causale la decisione della donna di interrompere la gravidanza se tempestivamente informata, potendo semmai divenire oggetto di indagine in caso di elementi indicativi di una diversa decisione”. Quindi si assume ormai come normale il comportamento della donna che, se avesse avuto conoscenza della malformazione del feto, avrebbe sicuramente interrotto la gravidanza.

Si dice: “È onere probatorio del medico dimostrare che in quella particolare condizione quella particolare persona, per sue convinzioni morali, religiose, etc. non avrebbe interrotto la gravidanza”. Qui c'è una notazione: la classe medica si sente particolarmente penalizzata da questa impostazione perché evidentemente questo tipo di prova, questo onere probatorio è particolarmente difficile, particolarmente difficile poi da parte di un soggetto estraneo che ha visto magari la donna per poche volte poter dimostrare che le sue convinzioni, il suo carattere, la sua personalità l'avrebbero sicuramente portata a proseguire comunque la gravidanza anche sapendo della malformazione del feto.

Direi che con queste pronunce e con questa evoluzione giurisprudenziale l'ordinamento italiano si è allineato direi quasi del tutto a quello che è l'orientamento giurisprudenziale europeo. Molte sono state le influenze che sono venute da legislatori e dalla giurisprudenza europea, in particolare quella francese, molto si è parlato su questo argomento della sentenza della Corte di Cassazione francese, il caso Perruche, di cui poi, se volete, mi dilungherò magari dopo, ma credo di non avere più molto tempo.

Altre due o tre notazioni che mi sembrano interessanti: i precedenti relatori hanno accennato al problema del danno dei familiari, della donna, che è la persona che subisce direttamente le conseguenze dell'errore medico. Si è detto: i familiari sono portatori di un danno diretto o riflesso? Per quanto riguarda in particolare proprio il coniuge o comunque il compagno della donna che si trova a subire una gravidanza indesiderata, nell'ipotesi poi più tragica del figlio malformato, la giurisprudenza ha subito un'evoluzione perché in un primo tempo il marito, il compagno era considerato portatore di una posizione senz'altro tutelabile, ma in via di riflesso, cioè si diceva: il trauma subito dalla madre inevitabilmente si ripercuote anche sul compagno. Attualmente la giurisprudenza invece ha riconosciuto che il padre è portatore di un interesse diretto: "Il danno della madre e il danno del padre sono danni diretti in quanto la condotta del medico determina la paternità precludendo il diritto alla pianificazione familiare e per di più la paternità di un figlio disabile".

Solo due parole perché, tra l'altro, poi il tema è stato già accennato dal relatore che mi ha preceduto: ampio riconoscimento del diritto al risarcimento del danno per i genitori, purtroppo non è ancora riconosciuta la legittimazione attiva al figlio. Il figlio, il concepito non può ancora citare il medico direttamente, rimproverandogli di averlo fatto nascere con un handicap e di averlo fatto nascere. Su questo punto la giurisprudenza è, direi, al momento piuttosto granitica, il relatore precedente ha accennato ad una Cassazione che non riconosce al figlio nessuna legittimazione. Per una serie di considerazioni varie, mentre quindi i desideri e le scelte dei genitori in tema di procreazione responsabile e di pianificazione familiare sono considerati meritevoli di tutela, quelli del figlio circa l'opportunità e la meritevolezza di venire al mondo non sono considerati meritevoli di tutela.

Per gli argomenti che forse avete già sentito: il valore della vita, il valore della vita comunque, anche menomata, e soprattutto io ritengo, perché uno dei problemi fondamentali sarebbe quello di individuare come determinare un risarcimento, cioè come si fa a dare un valore alla non vita rispetto alla vita malata, menomata. Questo probabilmente fa molto da freno nella evoluzione della giurisprudenza.

Ritengo che bisognerà pensarci perché si tratta di esigenze di giustizia sostanziale e perché, se è vero, come ha detto prima l'Avvocato, che il diritto è uno strumento di progresso, questo deve essere anche uno degli aspetti sui quali bisognerà lavorare per realizzare una vera giustizia sociale anche. Vi ringrazio.

AVV. ALVISE CECCHINATO

Mi spiace di avere dovuto lanciare delle occhiate, in realtà purtroppo i tempi sono ristretti. A questo proposito volevo farvi presente due cose: innanzitutto in questo convegno c'è la registrazione stenotipica, quindi ragionevolmente nell'arco di una settimana o due al massimo gli atti integrali di questo convegno saranno pubblicati nel nostro sito, il cui indirizzo voi trovate anche nel cartoncino d'invito. D'altra parte molti relatori ci hanno fornito del materiale, forse anche la dottoressa, la sua relazione era più corposa. Purtroppo abbiamo dovuto contenere i tempi, ma tutto quello che i relatori ci vorranno dare come materiale, come giurisprudenza o altro, noi ben volentieri lo metteremo nel sito a disposizione di tutti quanti. Quindi ritorno la parola al professor Cendon.

PROF. PAOLO CENDON

Brevissimamente solo per dare la parola in generale sul tema della malpractice medica e famiglia della vittima all'Avvocato Maria Gabriella Di Pentima.

AVV. MARIA GABRIELLA DI PENTIMA

Ringrazio il professor Cendon per la parola data e rappresento che il mio è l'ultimo, come avrete visto nella brochure, degli interventi che chiude questo pomeriggio sui danni, sui nuovi danni alla persona e precisamente ricadenti sulla famiglia della vittima, quindi direttamente, tra virgolette, interessata dall'evento lesivo a seguito di malpractice medica. Cercherò di non parlare e non parlerò ovviamente di tutto quanto inerisce la malpractice, visto che è un argomento particolarmente corposo e saremo sicuramente fuori tema, quindi non parleremo delle varie forme di responsabilità per colpa lieve, per colpa grave a quelle che sono tutte le altre figure che ineriscono tale responsabilità, dal consenso informato, così come è stato già rappresentato, all'attività medica vera e propria, all'attività sanitaria, all'attività medica d'equipe e una serie di altre figure emergenti e via, via sempre in maniera, direi, più crescente emergenti, sia in giurisprudenza che in dottrina, miranti appunto a, se vogliamo, come diceva anche il Giudice Fontanella, ormai a fare accrescere corposamente quello che è il contenzioso nelle nostre aule di Tribunale.

Chiaramente la responsabilità medica, e questo termine malpractice secondo me bene rappresenta un po', con una terminologia sicuramente che noi abbiamo

acquisito aliunde da un'altra cultura, ma che comunque bene rappresenta quella che oggi forse definiamo anche mala sanità.

L'oggetto del mio intervento non riguarda quindi la malpractice così squisitamente definita, ma tutto ciò che a seguito della malpractice medica viene a ricadere non solo sulla vittima, ma soprattutto sulla famiglia, quindi chiudiamo così la fase dei danni di natura eso familiare, rappresentando che questi soggetti, che sono i soggetti terzi cui si è già accennato rispetto al soggetto direttamente leso dall'evento lesivo causato dall'attività medica o medico-sanitaria, sono soggetti praticamente sui quali avviene questa ricaduta della lesione.

Si è parlato, e ha cominciato anche il Professor Cendon, soprattutto col sottolineare l'evoluzione della sensibilità giuridica. Abbiamo visto negli ultimi vent'anni una grandissima crescita di sensibilità, soprattutto riguardo a particolari figure di danno che sono venute a configurarsi, e questo in tema di medica è molto importante. Molti anni fa difficilmente avremo pensato a figure di danno ricadenti sulla famiglia del soggetto leso nella stessa maniera con cui oggi invece pensiamo e vediamo a livello della proposizione di atti di citazione o comunque di richiesta di risarcimento danno poi nel concreto nell'ambito della attività giudiziaria.

Dal danno di malpractice medica ricade in primis sul soggetto leso, ma come soggetti terzi pensiamo ovviamente alla famiglia su cui ricade questo danno subito a seguito dell'evento lesivo. Qui distingueremo la famiglia, ma anche altri soggetti cui si accennava anche prima, che via, via cominciano ad essere delineati anche dalla giurisprudenza, arrivando al riconoscimento anche di lesioni in capo, in danno a soggetti che comunque erano in un certo rapporto con la vittima o che dal rapporto con la vittima stessa traevano un beneficio, sia pure di natura d'amicizia, di una frequentazione periodica, quasi quotidiana. Si è pensato anche in dottrina alla risarcibilità dell'amico, del convivente more uxorio, tutte figure che poi la giurisprudenza ha ripreso.

Significativa è una sentenza anche poco fa citata che è quella del Tribunale di Milano laddove, parlando in tema di danno alla serenità familiare nei casi in cui la serenità sia notevolmente compromessa in conseguenza delle lesioni subite dal congiunto e vi siano degli effetti permanenti sui legami di comunanza di vita, questo diritto possa estendersi anche ai componenti della famiglia di fatto. Quindi vediamo che piano, piano l'evoluzione giurisprudenziale si avvicina sempre più verso il riconoscimento di nuovi soggetti, ma di soggetti che comunque possono derivare un danno dal collegamento, dalla vicinanza alla vittima stessa.

E' importante a questo punto partire da quella che è la primordiale distinzione a livello di danno. Come ben sappiamo, siamo partiti dalle due grosse figure di danno, che sono il danno patrimoniale e il danno non patrimoniale. L'evoluzione ci ha dimostrato, anche attraverso l'esposizione sapiente di chi mi ha preceduto in questo pomeriggio sui danni eso familiari, che via, via sempre più si è posto l'accento su quelli che sono appunto i soggetti che possono chiedere il danno, configurando così la nascita di nuove categorie di danno, che si sono quindi affiancate e sono andate un po' ad entrare in quelle figure già create. Per cui si è partiti da un 2043, che era la vecchia formulazione, se vogliamo, del risarcimento del danno patrimoniale, a quella che invece è una attuale formulazione rivisitata alla luce di un concetto più ampio di risarcibilità, più che di risarcimento squisitamente patrimoniale. In tutto questo discorso si innesta poi la valutazione e l'attenzione alle altre figure di danno piano, piano emergenti.

Cos'è accaduto? Il danno biologico. Si è cominciato ad evidenziare quando è nato questo danno biologico, si è cominciato a parlare molti anni fa di danno biologico, il danno biologico era in effetti definito soprattutto come danno alla vita di relazione; inizialmente non si sapeva quale collocazione avesse, se squisitamente nel 2043, poi si è pensato a un *tertium genus*, successivamente il danno biologico, partendo da una lesione al diritto alla salute ex Art. 32 della Costituzione, successivamente il danno biologico è stato ricondotto al 2043 sì, però in una visione più ampia. Tanto è vero che nel danno biologico facciamo ricomprendere non solo il danno fisico, squisitamente relativo alla fisicità del soggetto, ma anche il danno psichico, ritenendo che il soggetto sia, oltre che di parte fisica, fatto anche di mente, quindi di psiche. Tutto quanto quindi inerisce al diritto alla salute fa parte del danno biologico.

E' molto importante adesso effettuare un'altra distinzione, cioè tra il danno che i soggetti, che la famiglia, comunque i soggetti vicini alla persona lesa possono vantare *iure proprio* e il danno invece che è possibile vantare *iure hereditatis*. E' importante perché nel danno biologico? Perché il danno biologico è un danno particolare che viene a maturarsi soltanto se c'è la lesione, come ho già detto, del diritto alla salute. Questa lesione del diritto alla salute ha bisogno di tempo. Se parliamo di una lesione immediata su se stessi, cioè sul soggetto direttamente investito dell'attività medica, questo discorso verrà visto e concentrato sullo stesso, ma se parliamo di familiari e se parliamo di un diritto da trasmettersi ai familiari, *iure successionis*, appunto, occorrerà che ci sia e sia intercorso un lasso di tempo ragionevole, adeguato a far nascere questo diritto tra il momento lesivo e il momento poi della morte, perché parliamo ovviamente di diritti *iure successionis* trasmissibili agli eredi soltanto quando

c'è stato un decesso della vittima. Quindi in questo caso il danno biologico che potranno rivendicare iure proprio sarà quello che rivendicheranno in quanto hanno subito direttamente una lesione a seguito della morte, dell'evento morte, ma circa la lesione del diritto alla salute, questo sarà, però è rivendicabile iure hereditatis, sarà rivendicabile solo se la persona poi defunta ha trascorso un lasso di vita apprezzabile dal punto di vista della lesione alla stessa tale da far nascere, quindi poi trasmettere, perché si trasmette agli eredi solo ciò che uno ha potuto maturare come diritto, il diritto al danno biologico, quindi alla lesione alla salute. Detto questo e precisato che appunto nel danno biologico rientra il danno psichico, vi citerei una sentenza molto importante, peraltro molto recente, del 2006 che a proposito di danno biologico risarcibile sancisce che gli stessi congiunti della persona deceduta per effetto di illecita condotta altrui.. "danno biologico che deve tener conto delle sofferenze causate dalla perdita del congiunto che abbiano determinato sofferenze, una lesione della loro integrità psicofisica, non essendo il relativo pregiudizio esaurito dalla liquidazione del danno morale". Quindi vediamo che questo danno biologico o, meglio, danno psichico, non possiamo confonderlo col danno morale, che è ben altra cosa rispetto allo stesso, ma che rischierebbe di creare o di far credere che ci fossero o che ci possano essere duplicazioni di categorie di danno nel momento in cui il danno psichico da trauma psichico non ricevesse sufficiente prova o sufficiente dimostrazione in un giudizio. Quindi ciò che inerisce la possibilità di richiesta, come sempre ovviamente ma in questo caso vieppiù, per una mancata o per evitare la mancanza di commistione con l'altra figura di danno ex Art. 2059 è proprio la dimostrabilità dell'avvenuto trauma in capo al soggetto. Danno biologico, ovviamente abbiamo visto, molto importante, ma estrinsecantesi poi in più figure di danno, cioè dal danno estetico, dal danno alla vita di relazione, all'integrità psicofisica, danno di riduzione della capacità lavorativa generica, tutta una serie cioè di tipi di danno che sicuramente hanno avuto la possibilità di essere considerati in questa categoria.

Tutto ciò che invece non è stato possibile far rientrare in questa categoria di danno e che quindi è rimasto fuori ai fini anche di un discorso relativo alle lesioni medicalmente accertabili è quello che rileva e inerisce il danno esistenziale. Danno esistenziale che quindi nasce proprio da questa limitazione o limitatezza, se vogliamo, del danno biologico e dall'esigenza di poter tutelare i familiari della vittima in una maniera sempre più capillare per una serie di danni da loro appunto subiti. La nuova figura, invece, che si delinea è quella del nuovo danno non patrimoniale, nel quale cioè non solo rientrerebbero tutti i danni, le lesioni, insomma, comunque inerenti la persona, ma tutto ciò che socialmente diventa apprezzabile, cioè tutte quelle lesioni che in sostanza non

sono socialmente ritenute apprezzabili o comunque non sono socialmente ritenute accettabili per i soggetti stessi che l'abbiano subito e quindi dalla mancata accettazione di questo sovvertimento, diremo quasi, di un ordine sociale, quasi di una ribellione sociale, deriva la possibilità di rivendicare questo tipo di lesione da parte dei familiari. Sicuramente in questo campo c'è poco spazio da offrire a quelle che sono le figure di danno o comunque di responsabilità conseguenti all'attività medica, quindi alla malpractice medica, vedendo più peculiari in queste forme altre situazioni forse della vita comune. Spesso in altre situazioni si è parlato anche del danno creato dal fotografo che poi annulla i negativi delle foto perché ha uno sviluppo errato e quindi non dà la possibilità ai coniugi, quindi all'evento molto importante che lui riprende fotograficamente, di dare la possibilità di conservare questo ricordo ai coniugi stessi. Quindi un danno più che altro relativo a questo subire da parte dei coniugi o comunque dei soggetti interessati di una lesione che non è direttamente quantificabile né con un danno patrimoniale, né con una lesione personale diretta.

Per quanto riguarda invece altre figure di danno si è già un po' accennato, leggevo quella sentenza sul danno alla serenità familiare, ma esiste anche una sentenza molto bella e molto interessante che riguarda la perdita di chance, in virtù della quale questo danno potrebbe essere rivendicato dai soggetti familiari della vittima, anche qui avendo un po' riguardo se iure proprio oppure iure hereditatis, non essendo riuscita fino ad oggi la giurisprudenza o comunque soprattutto la dottrina ad avere un indirizzo univoco su quale titolo, quale formulazione di rivendica adottare.

A mio modesto avviso ritengo che, essendo un po' il danno da chance assimilabile, se vogliamo, come tempistica, cioè necessitando comunque di un intervallo di tempo per poter maturare, perché la perdita di chance è la perdita delle possibilità comunque di acquisire un miglioramento, delle condizioni migliorative inerenti anche la propria attività di lavoro, da poi trasmettere sugli eredi, questo tipo di danno, ripeto, a mio modesto avviso potrebbe più essere inquadrabile in un danno rivendicabile iure hereditatis e non iure proprio, sempre che ci sia un discorso a monte fatto su una teoria probabilistica dell'acquisizione o meno di tale diritto.

Credo forse di non avere moltissimo tempo ancora a disposizione. Vi cito alcune sentenze molto interessanti che potrete trovare anche sul sito "Persone e danno", che riguardano un po' questo discorso che facevo, che sono riepilogative di questi concetti, è uno della Cassazione Civile del 20 ottobre 2005, la numero 20320, e poi due sentenze del Tribunale, una del Tribunale di

Genova del 29 novembre 2002 e del Tribunale di Terni del 13 luglio 2006.
Grazie.

AVV. ALVISE CECCHINATO

Abbiamo così terminato la prima sessione del convegno, quella dedicata ai profili eso familiari.

PROF. PAOLO CENDON

Inauguriamo il secondo panel dedicato ai profili endo familiari con una relazione per l'appunto di carattere generale introduttivo, quelli successivi svilupperanno singoli aspetti, e questa relazione è affidata ad un Avvocato e una brava scrittrice Maria Rita Mottola, che ha già pubblicato libri molto interessanti, un bellissimo libro sul mobbing uscito qualche anno fa dalla UTE, che ha avuto anche parecchio successo; recentemente ha fatto un libro in materia di prova e poi ha anche il grande merito Maria Rita Mottola di essere una delle colonne del sito Persone e Danno, così come è una colonna Rita Rossi, che è la responsabile dell'EMMA familiare, Francesco Bilotta collabora a 160 cose del sito e Maria Rita Mottola è in particolare responsabile di tutta la parte sul tempo libero. Quindi le do volentieri la parola.

AVV. MARIA RITA MOTTOLA

Grazie. Per contenere i tempi dell'intervento potrei suggerire a tutti voi di leggere due contributi essenziali al tema dei danni endo familiari del prof. Cendon "Lei, lui e il danno" e "Dov'è che si sta meglio che in famiglia", pubblicati rispettivamente nel 2002 e nel 2003 sulla rivista Responsabilità Civile e Previdenza. Sono due contributi pregevolissimi che analizzano il problema dei danni endo familiari sotto tutti gli aspetti possibili della questione. Però tocca parlare anche a me e quindi devo dire qualcosa sull'argomento partendo da considerazioni di carattere molto generale, soprattutto perché il risarcimento dei danni endo familiari è stato per lungo tempo ostacolato da una parte della dottrina che nega rilevanza a questo tipo di risarcimento. Nega rilevanza ovviamente non perché nega l'esistenza di condotte lesive che possono essere attuate dai coniugi tra loro o dai genitori nei confronti dei figli o, viceversa, dai figli nei confronti dei genitori, perché questa ovviamente è la pratica quotidiana che ci suggerisce l'esistenza, né tanto meno che queste condotte pregiudizievoli possano arrecare danni, danni rilevanti anche, a maggior ragione perché avvengono in quel contesto, che è il contesto familiare, che è un contesto dove il singolo si dovrebbe sentire più protetto, più amato e più considerato. Le contestazioni nascono piuttosto da considerazioni

relativamente all'antigiuridicità della condotta e cioè questa parte della dottrina sostiene che i doveri all'interno del matrimonio, all'interno della famiglia sono doveri prettamente di carattere etico-morale ai quali non possono essere ricondotti e riconosciuti rilievi di carattere giuridico sostanziale.

Questa concezione del diritto che non entra all'interno della famiglia, che non entra a gestire e a ordinare la condotta dei singoli nell'ambito familiare, che è visto come momento di espressione dei sentimenti e dei loro atteggiamenti, che secondo, appunto, questa parte della dottrina deve essere improntato ad estrema libertà e spontaneità, non può trovarci d'accordo; non ci può trovare d'accordo perché il diritto è un diritto che nasce dalle esigenze dei singoli e dalle esigenze della società e che serve proprio per regolamentare e per dare delle indicazioni di condotta dei singoli e, a maggior ragione, dei singoli nell'ambito familiare, che è il momento per eccellenza in cui si manifestano le nostre più profonde aspirazioni.

Questo tipo di concezione, che nega la possibilità per la norma generale, stiamo parlando ovviamente del 2043 del Codice Civile, la norma generale di entrare precisamente in ogni caso concreto per potersi adeguare, adattare al caso concreto, non ci trova d'accordo.

L'adattabilità della norma generale al caso concreto non significa incertezza del diritto, il diritto rimane certo nel suo aspetto principale, essenziale, generale, di norma che regola il vivere civile. Non puoi fare agli altri nulla che nuoccia ai diritti fondamentali dell'individuo, che nuoccia alla salute, alla dignità, alla possibilità di esprimersi al meglio. L'ambito, però, in cui questo tipo di questione viene a trovarsi è una famiglia particolarmente attenta ai bisogni dell'individuo, non è una famiglia che semplicemente viene impostata sui diritti/doveri dei coniugi, cioè non è solo la famiglia del 143 Codice Civile (solidarietà, assistenza, collaborazione familiare tra i coniugi), ma è una famiglia dove questi diritti hanno una finalità molto precisa, una finalità che è quella del secondo comma dell'Art. 3 della Costituzione e cioè la finalità della realizzazione personale dei membri della famiglia stessa.

La condotta dei coniugi diretti ad ottemperare ai doveri familiari ha come finalità la possibilità per entrambi e per i propri figli di realizzarsi, di realizzarsi pienamente come persona, di raggiungere quello che noi potremmo dire con un'unica parola la felicità personale. Questo significa anche che la solidarietà entra in una sorta di rapporto reciproco tra i vari componenti della famiglia in modo tale che l'aspettativa di uno diventi obbligo dell'altro e viceversa, e che il diritto di uno dei coniugi o dei figli rispetto ai genitori e viceversa diventi anche il dovere in correlazione. Che cosa voglio dire? Voglio dire che chi ha il diritto ad aspettarsi che l'altro aiuti alla propria realizzazione, ha anche il dovere di

realizzarsi, perché la realizzazione del singolo, la realizzazione del coniuge, consente alla famiglia di compiere appieno la propria missione, che è poi quella di dare spazio e voce a tutti i suoi componenti. Allora, questo comportamento, il comportamento reciproco dei coniugi uno nei confronti dell'altro per poter consentire di rimuovere gli ostacoli alla libera realizzazione personale, deve essere un comportamento meramente negativo? Cioè io lascio libero l'altro coniuge di fare quello che ritiene più opportuno per meglio stare, per meglio costruire il proprio futuro, per meglio occupare il proprio tempo libero, per raggiungere la realizzazione professionale, o devo anche avere un comportamento positivo? Due ragazzi veterinari si sono sposati, hanno costituito insieme una piccola clinica per animali e sembrerebbero all'apparenza completamente soddisfatti e felici, ma la moglie sa che l'aspirazione di suo marito non è quella, è un'altra, molto più profonda, molto più complessa, e allora si attiva, lo convince, lo induce, si informa e poi giunge a farlo iscrivere a Brera. Ora il marito veterinario con l'aiuto della moglie, che ha collaborato attivamente, occupandosi lei, quindi facendosi carico lei anche di altre questioni familiari e lasciando più spazio e più tempo al marito, ora è un incisore molto apprezzato. Quindi è necessaria la collaborazione, non solo il lasciar fare, ma anche il fare perché l'altro sia.

In questo contesto quindi noi parliamo di danni endo familiari, in questa famiglia che potremmo dire famiglia solidale, una famiglia in cui i vari componenti debbono potersi trovare a proprio agio. E allora mi viene in mente Adalgisa, io uso nomi totalmente assolutamente inventati, ma tutti i riferimenti alle persone e ai fatti è volutamente non casuale, perché è reale, concreto, parlo di fatti realmente accaduti.

Adalgisa è disperata perché in casa sua ogni volta che si giunge al momento del pranzo, della cena, i figli, la figlia nata del precedente matrimonio e il figlio nato dall'attuale marito, litigano, discutono, si offendono oppure tacciono in pesanti e lunghissimi silenzi. Allora lei si chiede: io ho il diritto ad avere una famiglia in cui i componenti, le persone che io amo si rispettino, almeno si rispettino, almeno vivano in comunione questi momenti di solidarietà, di convivialità. Però Adalgisa trova un sistema, scrive una lettera, l'ultimo grido disperato alla sua famiglia, ma vuole dargli importanza, vuole dare rilevanza a questa lettera e allora suggerisce la possibilità al proprio legale che questa lettera venga accompagnata, venga spedita dal legale ai componenti della sua famiglia, per dargli vigore, perché lei crede fermamente che la famiglia ha necessità anche di questo e cioè ha anche necessità di far capire all'altro l'esistenza dei propri diritti e che questi diritti debbano essere soddisfatti.

Allora possiamo rispondere al quesito iniziale e cioè al fatto che una parte della dottrina ritenga che i doveri coniugali siano doveri meramente etici-morali e non giuridici, rispondendo che il diritto esamina i sentimenti, li presuppone, non può obbligarci a sentire, non può obbligare nessuno di noi ad amare l'altro, non può obbligare nessuno di noi a non innamorarsi di una persona nuova, ma nello stesso tempo non può escludere il sentimento; quindi il diritto non è contrapposto ai sentimenti, non è contrapposto a queste istanze profonde del nostro Io, ma aiuta i sentimenti, aiuta la possibilità alle persone di manifestazione di questi aspetti. E, contrariamente a quello che viene sostenuto da questa parte di dottrina, esiste un vecchio precedente, Cassazione 26 maggio del 1985, che, pur non riconoscendo al coniuge il risarcimento del danno in caso di addebito di separazione, però fa chiaramente riferimento al 2043, dicendo che la norma generale può essere applicata nel caso concreto di addebito o di separazione nel caso in cui i fatti addebitati superano la semplice mancanza nei confronti dei doveri coniugali, quella che è utile per il riconoscimento dell'addebito.

Ancora, un'opposizione a chi ritiene che all'interno della famiglia esistano dei danni e dei danni risarcibili secondo i criteri aquiliani, sostiene che esistono delle sanzioni precise previste dall'ordinamento del diritto familiare e che quindi quelle sono le uniche sanzioni che è possibile applicare. Cioè il marito o la moglie possono chiedere la separazione e successivamente il divorzio qualora il partner non si comporta come è giusto che si comporti secondo i criteri generali, in quel contesto, se questa condotta è preminente rispetto al fallimento dell'unione, può chiedere l'addebito della separazione, con le conseguenze economiche tipiche dell'addebito e cioè la possibilità di perdere l'assegno di mantenimento e le conseguenze di carattere successorio. Ma siamo sicuri che l'addebito della separazione, quindi una sentenza dichiarativa, e la perdita dell'assegno di mantenimento, che però è comunque collegata al diritto che sta a monte dell'assegno di mantenimento, cioè il diritto ad essere mantenuti ovviamente e quindi non in tutti i casi ci si ritrova in queste condizioni, possiamo veramente credere che questo tipo di sanzione possa essere satisfattiva appieno di quelle che sono le esigenze che i singoli coniugi si vedono non appieno soddisfatte nel matrimonio? Noi possiamo suscitare degli esempi: Eleonora, per esempio, figlia di un piccolo imprenditore, con sani principi, allevata in una famiglia molto cattolica, molto seria, che ha frequentato un collegio religioso, dove ha imparato molte lingue, è molto colta, si sposa per amore di una persona che diventa importante, che ha un lavoro di rilievo, anche pubblico, ma il marito all'interno della famiglia esclude ogni possibilità di rapporti con altre persone che non siano due suoi amici, non c'è possibilità che

all'interno della famiglia entrino né parenti né amici della moglie, solo ed esclusivamente due suoi colleghi di lavoro, o meglio, due suoi subalterni: marito e moglie.

Questa relazione diventa col tempo una relazione morbosa, una relazione veramente esasperata in cui il marito passa tutto il suo tempo libero e impone la presenza di queste due persone alla moglie e al figlio, anche durante le vacanze estive, arrivando fino alle estreme conseguenze nelle quali nega i rapporti sessuali alla moglie perché ormai si ritiene soddisfatto da questa amicizia, questa stranissima amicizia. Quando Eleonora si rende conto che la sua educazione cattolica e la sua educazione molto ligia ai doveri coniugali sta diventando controproducente per se stessa, che le crea delle sofferenze inaudite? Quando prende il coraggio e si reca ad una manifestazione pubblica in cui il marito è presente e che ovviamente non l'ha invitata a partecipare. In questo momento si rende conto che tutti sono in un profondo imbarazzo perché tutti sanno quello che sta accadendo, tutti conoscono questa strana relazione, e quindi lei si sente doppiamente offesa, avvilita perché è privata dei suoi affetti e delle sue amicizie, profondamente offesa nella sua dignità di donna perché rifiutata sessualmente, e in più violata nella sua dignità nei confronti degli altri. In questo caso è sufficiente dire che l'addebito della separazione possa soddisfare Eleonora dei danni subiti? E' possibile dire che è sufficiente dire che Eleonora non deve dare l'assegno di mantenimento al marito, che ovviamente non ha necessità assolutamente di essere mantenuto? Pensiamo di no. Pensiamo che sia necessario andare oltre, pensiamo che questi danni che ledono principi fondamentali della persona, che ledono diritti riconosciuti dalla nostra Costituzione, possano essere, debbano essere soddisfatti in altra maniera e cioè debbano essere soddisfatti attraverso una tutela di carattere generale, cioè attraverso un risarcimento del danno ai sensi del 2043 del Codice Civile.

Ancora, chi contesta questo tipo di possibilità di risarcimento ci dice che esiste un altro tipo di sanzioni, addirittura esistono misure coercitive, cioè l'allontanamento coatto dal domicilio coniugale, il 243 bis del Codice Civile, oppure, in caso di maltrattamenti in famiglia, il 282, o di altri reati nei confronti del coniuge, 282 bis del Codice di Procedura Penale. Anche in questo caso è possibile rispondere che l'esistenza di misure coercitive e quindi di cessazione del danno, della condotta lesiva, non è sufficiente a escludere la possibilità che il danno venga risarcito.

Le ipotesi nel Codice Civile sono innumerevoli, basta citare per esempio gli atti emulativi. Nessuno avrebbe dubbio a dire che gli atti emulativi possono essere interrotti con un'azione inibitoria, ma nel contempo chi ha subito questi atti, se ha subito anche un danno, possa chiedere il risarcimento conseguente.

Infine possiamo richiamare, e penso che questo potrebbe chiudere la querelle finora sostenuta per negare l'esistenza e la possibilità di riconoscere il risarcimento del danno all'interno della famiglia, il 709 ter, introdotto dalla legge sull'affidamento condiviso. La norma esplicitamente dice che è possibile risarcire i danni derivanti dalla condotta di un coniuge nei confronti dell'altro in quanto genitore che non può esercitare liberamente il diritto di visita nei confronti dei figli. Quindi è un riconoscimento dell'ordinamento, se vogliamo, per noi che crediamo nell'applicazione generale della norma del nemo in ledere, inutile, ma che l'ordinamento ha voluto dire, che ha voluto esplicitamente riconoscere e quindi a, maggior ragione, è un riconoscimento generale di quello che è il diritto al risarcimento del danno.

Finora, come abbiamo visto, abbiamo sempre parlato di rapporti tra i coniugi e non è che questo limita o riduce solamente la possibilità di ipotizzare danni solo nei rapporti tra coniugi, anche i figli possono subire i danni e anche i genitori rispetto ai figli possono subire i danni. Però questi casi non sono portati alla conoscenza dei Giudici, anche perché il nostro ordinamento non ha una norma così chiara su quella che è la curatela del minore, perché è ovvio che il soggetto, il minore, il bambino, il figlio che ha subito il danno potrebbe stare in giudizio solo attraverso la persona del genitore che esercita la patria potestà, la potestà genitoriale, e che molto spesso è egli stesso colui che ha provocato il danno o ha concorso a provocarlo. Quindi è necessario comunque, perché affiorino questi problemi, perché affiori questo tipo di problematiche, è necessario che vi sia un maggiore riconoscimento della necessità di prevedere un curatore speciale per i minori.

Per esempio, il diritto svizzero, nella nuova riforma del 2000 del Codice Civile, ha previsto, soprattutto nel caso di separazione, con molta più precisione la figura del curatore del minore, proprio perché venga tutelata la sua posizione all'interno della separazione e che si possa dare voce, fra l'altro secondo i criteri della Convenzione dei Diritti del Fanciullo di New York e le successive convenzioni internazionali, proprio per dare voce ai minori anche all'interno del processo e di tutti i processi che lo riguardano.

Allora come possiamo concludere? Possiamo concludere che l'esistenza di danni all'interno della famiglia, di danni endo familiari, la possibilità di risarcire questi danni, darebbe coerenza al sistema, dà sicuramente coerenza al sistema.

Noi non possiamo prevedere un reato di maltrattamenti in famiglia senza prevedere che a questo tipo di reato si possa applicare il 185 del Codice Penale e neppure possiamo prevedere che, in presenza di maltrattamenti che ipotizzano quindi una figura di reati, noi non possiamo dare alla vittima la via di scelta e

cioè o la denuncia penale, con un processo pubblico, con tutte le problematiche che può portare con sé un processo pubblico, e in alternativa non possiamo non concedere alla vittima di adire invece la via civile e quindi il risarcimento del danno in sede aquiliana. Non solo, ma il negare la possibilità del risarcimento del danno a questo tipo di vittime consentirebbe un'ingiustificata esclusione di responsabilità nei confronti di condotte particolarmente odiose, particolarmente odiose proprio perché avvengono nell'ambito della famiglia che abbiamo detto che è questo nucleo primario della nostra società in cui l'individuo riesce meglio ad esplicare la propria attività e la propria realizzazione personale. Quindi non è possibile mandare indenne queste condotte.

Non solo, poi comunque anche in questo momento, in questo particolare ambito, la sanzione del risarcimento del danno è comunque una sanzione che dà qualcosa di più. La minaccia della sanzione, che è quella tipica delle sanzioni civili, è quella di costruire un insieme di condotte che vengono considerate negative dall'ordinamento, che vengono stigmatizzate nella loro negatività e quindi che possono essere considerate con un giudizio critico e quindi costituire dei comportamenti a cui riferirsi come esempi negativi, come esempi per non comportarsi in quel modo, quindi è sicuramente una funzione di progresso sociale, induce quindi i singoli ad uniformarsi ad un certo tipo di condotta positivamente all'interno della famiglia per evitare queste condotte che invece sono pregiudizievoli. Nessun pregio secondo me ha la considerazione che la previsione di un risarcimento del danno in caso di violazione dei doveri familiari potrebbe essere un deterrente per la separazione, non è così, le separazioni nella normalità dei casi avvengono al massimo con un addebito della separazione e stiamo parlando di casi limite, stiamo parlando di casi in cui vi è una violazione precisa di alcuni diritti fondamentali: innanzitutto della salute, della dignità, della libertà. I casi eclatanti sono la sentenza del 2000 della Corte d'Appello di Torino citata come mobbing familiare, oppure quella del Tribunale di Milano del 4 giugno del 2002, è il caso di una giovane donna che rimane in stato interessante con una scelta fatta compiuta di comune accordo dai coniugi, ma da quel momento il marito la rifiuta, la offende, non le parla più, le parla tramite bigliettini, intreccia una relazione con un'altra donna, insomma la fa soffrire nel momento più delicato e più bello di quello della vita di una donna. Oppure, per ultimo, anche se molto più grave rispetto ai due precedenti, quello esaminato dal Tribunale di Firenze con la sentenza del 3 giugno 2000, in cui addirittura il marito abbandona la moglie a se stessa in uno stato di indigenza e di totale assoluto abbandono dal punto di vista della salute, la moglie sofferente di malattia di mente.

In tutto questo è evidente che il ruolo degli Avvocati ha un interesse particolare, perché, come è già stato detto, i Giudici, la giurisprudenza esamina quelli che sono i casi che noi sottoponiamo alla loro attenzione, non possono inventarseli. Quindi gli Avvocati dovrebbero, secondo me, con più oculatezza e con più attenzione esaminare le questioni che gli vengono sottoposte, per capire se veramente ci sono queste lesioni, senza creare ingiustificate aspettative nei confronti delle vittime, che non debbono pensare di poter esercitare in ogni momento i loro diritti, ma con cautela, con attenzione, capire quando è necessario sottoporre il caso al Giudice, quindi quando può essere anche utile al cliente ottenere la giusta soddisfazione innanzi ad un Tribunale. Questo perché è ovvio che ciò che noi andiamo a dire a livello dottrinario, quindi a livello generale, deve essere calato nel caso concreto, deve tornare come dal basso salire verso l'alto l'esigenza e che giunge alla norma, al contrario la parte dogmatica, la parte generale della dottrina deve ritornare nel caso concreto per attuare concretamente il caso concreto. Per dirla con Valebona, il diritto è uno solo, la contrapposizione tra dogmatica ed ermeneutica è dunque profondamente sbagliata. Si verifica piuttosto un processo circolare in cui l'elaborazione sistematica fonda decisioni concrete altrimenti incontrollabili e a sua volta queste concorrono all'evoluzione del sistema. Anche qui si può dire che la dogmatica con le sue certezze rappresenta l'aspirazione all'essere e l'ermeneutica, con la sua giustizia del caso concreto, l'inarrestabile pressione del divenire.

PROF. PAOLO CENDON

Grazie a Maria Rita Mottola per questa vibrante, trascinante ricchissima ed appassionante relazione.

Adesso una domanda che mi farei è questa: io non credo proprio che saremo al punto in cui siamo, cioè così avanti con queste questioni, se non avessimo avuto una bellissima sentenza, Rita, con grande acutezza, lucidità e con molto coraggio, da parte del dottor Pietro Campanile, giudice della Corte d'Appello di Bologna, che credo ci parlerà di questo caso che lui ha risolto così magistralmente e forse anche di altre cose.

DOTT. PIETRO CAMPANILE

Innanzitutto io ringrazio non solo per l'invito, ma soprattutto per il tema affidatomi, perché ritengo che parlare del problema della responsabilità che nasce dall'inadempimento degli obblighi di mantenimento aiuta anche a comprendere appieno il significato della partecipazione a quel fenomeno di cui si parlava prima, cioè a dire l'esistenzializzazione del diritto. Cioè un fenomeno

nel quale forse i contorni si intravedono appena, però nel quale io credo che da un lato vi sia la riscoperta dei valori e della personalità dell'individuo in maniera significativa ed importante, ma dall'altro anche - e questo proprio per quanto mi riguarda personalmente è stato anche un modo di rivivere la mia esperienza di Giudice in maniera positiva - anche, dicevo, per una forma di partecipazione e di sostegno a favore dei soggetti deboli. Quindi in questo senso parlare di mantenimento significa porsi in questa prospettiva, perché? Perché chi ha bisogno di essere mantenuto, cioè il soggetto che è tributario dell'obbligazione di mantenimento chiaramente si trova in una posizione di inferiorità e ha necessità appunto di superare questo stato di bisogno, questa mancanza di autonomia, e quindi di essere tutelato dal punto di vista giuridico. Vedremo, quindi, come questa tutela non possa esaurirsi soltanto attraverso il ricorso ai rimedi che sono offerti dal Codice Civile, diciamo, dal libro dedicato alla famiglia, ma può attingere anche forme che sono di natura risarcitoria.

L'obbligo di mantenimento per quanto attiene anche ai coniugi cercherò di darlo per presupposto, anche perché nella relazione che mi ha preceduto i rapporti fra coniugi sono stati trattati anche in maniera sicuramente brillante e quindi non vi è bisogno di approfondire e di aggiungere altro. Va detto che chiaramente vi è da individuare il momento in cui dal semplice inadempimento scatta il motivo della responsabilità, il fatto generatore di responsabilità. Quindi partiamo dall'obbligo di mantenimento, che nasce nell'Art. 30 della Costituzione, almeno trova una sua fonte autorevole in questa norma, ed è descritto come dovere e diritto di mantenere, educare ed istruire i figli.

Ora, già l'accento sul dovere e diritto ci pone in questa posizione di renderci conto di come a posizioni di responsabilità nei confronti del soggetto vi sono altrettante posizioni di diritto a pretendere che l'altro adempia a delle obbligazioni in quel rapporto di solidarietà che caratterizza la famiglia di cui parlava adesso l'Avvocato Mottola. Nasce da qui un quadro che è molto complesso e che naturalmente, soprattutto anche con riferimento all'intervento statale nel caso in cui i genitori non siano in grado di adempiere ai loro compiti, un quadro di formazione, di intervento pubblicistico che trascende anche le posizioni del singolo e della singola famiglia e ci fa intravedere la necessità di formare l'individuo, di formare il cittadino in un ambito che è ispirato a principi di responsabilità e di solidarietà e quindi da un lato nel rispetto per quanto attiene alle esigenze soprattutto del minore, delle sue capacità, delle sue inclinazioni, delle sue attitudini, come prevede anche l'Art. 147 del Codice Civile, dall'altro in un contesto pubblicistico che ora, finalmente, sembra scevro da tentazioni di tipo autoritario e paternalistico. Quindi in questa prospettiva inserire il munus del mantenimento in una famiglia fondata sul matrimonio,

anche attraverso l'equiparazione ai fini naturali con l'avverbio anche, consente anche un certo ampliamento della prospettiva, perché vediamo che vi è una sostanziale, quasi interamente attuata, equiparazione tra i figli legittimi e i figli naturali.

Ora, noi sappiamo benissimo che nel Codice Civile sono rimaste delle ipotesi residue in cui i figli naturali si trovano in una posizione di deteriore o differente trattamento rispetto agli altri, e sarebbero il diritto di veto di cui all'Art. 252 e il potere di commutazione previsto per i figli legittimi, seppure in maniera facoltativa e riservata col consenso dell'altra parte.

Questo allargamento di prospettiva, cioè questa equiparazione, induce a ritenere che per quanto attiene al rapporto di filiazione sia stato posto l'accento più che altro sull'aspetto naturalistico, cioè sul momento della procreazione rispetto al momento formale di riconoscimento del figlio naturale oppure dell'acquisizione del figlio legittimo, dello status di figlio legittimo. Questo comporta che da un lato vediamo alcune norme, come per esempio la possibilità di intaccare per difetto di veridicità il riconoscimento del figlio naturale; dall'altro vediamo che il momento della procreazione prescinde anche da questi aspetti formali, soprattutto se noi consideriamo la norma di cui all'Art. 279, che prevede di ottenere il mantenimento anche nei casi in cui non sia possibile ottenere il riconoscimento per ragioni contingenti, per esempio se vi è uno status di figlio legittimo che in quel momento impedisce.

Ci troviamo di fronte quindi ad una valutazione importante del momento della procreazione, quindi della prevalenza dell'aspetto naturalistico anche sull'aspetto formale, che da un lato esalta la famiglia biologica rispetto a quella fondata sul matrimonio, almeno in senso tradizionale, e dall'altro ci pone nell'evidente posizione di considerare il momento genetico di questa obbligazione anche a prescindere dalla proposizione di azioni giudiziali, cioè a dire: l'obbligo di mantenimento del figlio, sia legittimo naturalmente, ma soprattutto naturale, scaturisce dal fatto della procreazione indipendentemente dal momento del riconoscimento. Questo ha comportato che, superando anche degli atteggiamenti tradizionali ormai abbastanza risalenti, si è ritenuto ormai da tempo che la domanda di riconoscimento ha effetto retroattivo per quanto attiene all'obbligo di mantenimento. Questo è uno dei momenti essenziali, anche per la costruzione, come vedremo, degli aspetti risarcitori, perché naturalmente l'obbligo del mantenimento può farsi risalire al momento della procreazione.

Il contenuto di questa obbligazione. Naturalmente conosciamo tutti la distinzione tra mantenimento e obbligazione alimentare, io per questo rimanderei alla pubblicazione dell'Avvocato Rossi, che è qui presente, che è

molto completa e che sicuramente è più esaustiva. Possiamo dire in linea di massima che non vi è dubbio che oggi l'obbligo di mantenimento non si esaurisce nelle semplici esigenze pratiche del soggetto, ma attiene a tutte quante quelle che sono le esigenze educative, culturali, sportive e lavorative in genere. Quindi ha un contenuto ampio che naturalmente è proporzionato sia alle capacità economiche della famiglia e quindi anche al tenore di vita, ma soprattutto a quelle che sono le aspirazioni del giovane. Sotto questo profilo dobbiamo considerare che da un lato vi è la possibilità quindi di valutare come il minore o anche il maggiorenne non ancora sufficiente sia in grado di ottenere un mantenimento che sia adeguato alle sue aspirazioni che - io ritengo si possa usare il termine adeguatezza - siano adeguate alle posizioni della famiglia e non siano prive di realizzabilità, non siano assolutamente arbitrarie, e dall'altro si possa tener conto delle capacità concrete di realizzarle. Forse è il caso di parlare in termini più concreti.

Ricordo un caso che è capitato un paio di anni fa di un giovane che viveva in un paese dove quasi tutti disossavano maiali per preparare i prosciutti e il padre disossatore, separato dalla madre, aveva trovato un lavoro a questo giovane di disossatore, il quale era anche riuscito, aveva cominciato e poi aveva capito - aveva solo 18 anni- che non era un lavoro che soddisfaceva le sue aspirazioni, le sue esigenze, per cui aveva cominciato a seguire dei corsi di preparazione per un'attività artigianale, etc. Il padre rifiutava di contribuire al mantenimento di questo giovane asserendo che egli aveva un lavoro e lo aveva rifiutato.

Per quanto ricordo, la Corte d'Appello di Bologna confermò la sentenza del Tribunale affermando che la posizione del giovane non era assolutamente arbitraria perché in effetti anche dal punto di vista socio-economico aveva delle aspirazioni assolutamente realizzabili, dal punto di vista della sua età, che era l'età in cui tutti i suoi coetanei ancora si trovavano sui banchi di scuola, dal punto di vista dell'età sicuramente giustificava un contributo al mantenimento. Quindi abbiamo questa obbligazione che possiamo definire di contenuto ampio e che deve essere parametrata, primo, alle capacità economiche e al tenore di famiglia e, secondo, alle reali aspirazioni, alle attitudini, alle capacità del soggetto beneficiario. Quindi è una necessità che naturalmente va inquadrata anche in quelli che sono quegli aspetti di cui parlavamo prima di natura pubblicistica, cioè noi credo che dalla Costituzione in poi e dopo anni dalla riforma del diritto di famiglia abbiamo un progetto di formazione e quindi di solidarietà nei confronti dei componenti della famiglia che però è anche un progetto di formazione del cittadino. Quindi gli strumenti di tutela dell'obbligo di mantenimento io ritengo che abbiano valenza che trascende l'ambito familiare e che quindi attinge questa sfera di rilevanza pubblicistica. Abbiamo

quindi degli strumenti di tutela che sono naturalmente, oltre a quelli ordinari del Codice Civile, come per la tutela di ogni credito, quelli previsti dall'Art. 146, quelli previsti dall'Art. 148 secondo comma e poi anche altri ancora più incisivi, come la perdita della potestà, il 330 e il 331, etc.

Questi strumenti da soli potrebbero non bastare, nel senso che non possiamo escludere che dalla violazione degli obblighi del mantenimento nasca un'obbligazione di tipo risarcitorio. Sotto questo aspetto va distinta, però, l'azione che svolge l'altro soggetto che ha adempiuto e che agisce per il rimborso delle somme versate a titolo di mantenimento a cui normalmente viene attribuita natura indennitaria e che, almeno per quanto mi riguarda, non ha comportato finora azioni di tipo risarcitorio, e viceversa l'azione che svolge, che può svolgere, può avanzare il soggetto, cioè il figlio legittimo o naturale, per ottenere il ristoro dei danni che derivano dal mancato risarcimento. Qui nasce un problema, lo diceva l'Avvocato Mottola prima: perché non ricorrere esclusivamente agli strumenti di tutela del credito? Cioè a dire, è possibile, e l'orientamento tradizionale era in questo senso, cioè le possibilità di soddisfare il credito attraverso le azioni di cui abbiamo anche parlato soddisfano, integrano completamente il soggetto per cui non vi sarebbe spazio per l'azione risarcitoria. Era un orientamento di tipo tradizionale che si associava, dimenticavo di dirlo prima, ad un orientamento in base al quale anche l'entità del contributo e l'entità del mantenimento doveva essere determinata in maniera sobria, perché altrimenti si correva il rischio di creare dei giovani viziati, etc. Io ritengo, e ormai ritiene anche la giurisprudenza dominante e credo tutti noi, che le capacità, le possibilità economiche di una famiglia, anche se eventualmente elevate, debbano essere messe a disposizione di tutti i membri della famiglia e quindi, se vi sono delle possibilità eventualmente anche maggiori rispetto alla media di cui un figlio può usufruire, certamente non vanno negate. Questo credo poi ci porterà all'esame di quel caso di cui parlava il prof. Cendon.

Questa giurisprudenza di cui parlavamo, in base alla quale la responsabilità veniva esclusa, risale sicuramente agli anni '70 e in alcuni casi assumeva un carattere residuale, cioè a dire si affermava: è possibile anche il rimedio dell'azione risarcitoria, ma soltanto nei casi in cui non sia possibile ottenere l'azione per il soddisfacimento dell'obbligazione di tipo contributivo. Per esempio, la Cassazione del '73, 2947, affermava che la donna sedotta non poteva agire per il risarcimento dei danni nei confronti del padre nei casi in cui, una volta riconosciuta questa paternità naturale, era possibile anche ottenere che l'uomo contribuisse al mantenimento del figlio. Ancora più recentemente, quindi 6 aprile '93, 4108, si è sostenuto che alcuno dei coniugi potesse chiedere il risarcimento dei danni subiti a causa della separazione anche in caso di

addebito, ma ne parlava anche prima l'Avvocato Mottola, osservandosi come l'unico diritto ipotizzabile fosse quello di ottenere un assegno di mantenimento di un coniuge.

Ora, abbiamo visto che vi è stata una forte rivoluzione nell'ambito del diritto risarcitorio, perché? Perché innanzitutto il profilo del danno esistenziale, che è venuto ad affacciarsi sulla scena già dagli anni '90 e che ormai è stato consacrato in decisioni anche delle Sezioni Unite del luglio di quest'anno e anche in successive decisioni, è un tipo di danno, quello esistenziale, che attiene sicuramente ai rapporti della persona negli ambienti in cui meglio si realizza. Nel momento in cui noi lo definiamo, come diceva l'Avvocato Bilotta, come lesione della vita quotidiana, quindi un peggioramento delle attitudini di ogni giorno, o anche, come si è sostenuto, delle possibilità di realizzazione del soggetto, è chiaro - e lo diceva il prof. Cendon nella sua introduzione - che negli ambienti della famiglia e negli ambienti lavorativi è il momento in cui si manifesta in maniera ancora più evidente. Quindi io ritengo che non sia casuale alla fine il fatto che la prima sentenza della Corte di Cassazione, che è stata anche ricordata in materia di danno esistenziale, sia una sentenza che si occupa di un caso di violazione dell'obbligo di mantenimento da parte di un padre nei confronti di una figlia, nei confronti di una moglie cui era affidata una figlia minorenni. Questa decisione peraltro è importante perché? Perché riguarda un caso in cui non vi è stata neppure una violazione totale dell'obbligo, ma un mero ritardo a questo inadempimento. La Corte riconobbe che vi fosse un profilo che riguardasse anche una lesione dei diritti della personalità e che fosse tutelabile sulla base della famosa, lo diceva anche il prof. Cendon, sentenza numero 186/94: cioè veniva individuato il fondamento del danno biologico come fondamento teorico anche della lesione della personalità sotto il profilo esistenziale e si procedeva ad una liquidazione sotto il profilo del danno in re ipsa, perché? Perché - e sotto questo profilo la sentenza veniva criticata anche dai sostenitori del danno esistenziale - si sosteneva una concezione di danno/evento che effettivamente autorevole dottrina ha sconsigliato dal primo momento e che evidentemente non può attagliarsi al danno esistenziale per una ragione che ha evidenziato bene Bilotta e che io ritengo sia fondamentale, cioè parliamo di un danno che attiene alla vita quotidiana di ogni soggetto, l'esistenza e la vita di ogni persona, nei suoi aspetti anche quotidiani; è un danno che quindi va commisurato con grande attenzione, anche sotto il profilo differenziale, a quella che era l'agenda, la situazione di vita anteriore alla lesione e a quella che è la successiva. Sotto questo profilo - un piccolo fuor d'opera - vorrei dire questo: vi sono molte decisioni, soprattutto di qualche Giudice di Pace, etc., che hanno valorizzato degli aspetti che sono stati definiti

bagatellari e che forse non sono rigorosamente riconducibili al danno esistenziale. Questo è un problema che va valutato attentamente.

Una cosa che mi preme dire è che forse è importante e torna anche ad onore della Magistratura in questo senso: che vi sono numerose decisioni da parte di Giudici che tra i primi - ricordo Tribunale Venezia degli anni 2000 - hanno aderito alla tesi della configurabilità del danno esistenziale, che hanno rigettato domande proprio perché non vi era questa riconducibilità nel danno esistenziale delle situazioni prospettate, cioè non vi era quella alterazione delle abitudini di vita nei termini di cui ha parlato molto bene Bilotta. Voglio dire che torna anche, diciamo, ad onore della dottrina che ha elaborato il danno esistenziale il fatto oggi di non fermarsi sugli allori di una vittoria che è stata molto importante e che oggi ancora è stata ricordata, ma soprattutto si impegna oggi su un terreno che potrebbe vanificare le conquiste finora realizzate sul piano della prova e vedremo, perché, senza la possibilità di provare adeguatamente il danno esistenziale, senza la creazione di criteri e principi validi, tutto il discorso che abbiamo fatto finora potrebbe essere vanificato nelle contese giudiziarie di ogni giorno. Quindi siamo arrivati a questo punto, cioè al danno esistenziale che affiora nella giurisprudenza anche della Cassazione, sia pure con quei limiti; vi era stata anche un'altra critica, mi pare, che fosse stato richiamato l'Art. 2 della Costituzione e non l'Art. 30, ma qui sono delle sottigliezze. La sentenza è importante nonostante questi rilievi di tipo formale, che sono giustificati anche dagli inizi, dai primi approcci con la materia, è importante proprio perché ribadisce i diritti della personalità dell'individuo anche nell'ambito della famiglia e li collega a quel tipo di pregiudizio che altrimenti - questo è importante - non troverebbe soddisfazione. Cioè il problema del danno esistenziale non è quello di creare una categoria giuridica e quindi di duplicare i danni, etc. etc., è quello di soddisfare esigenze, conseguenze quindi della lesione, che sono sempre esistite e che prima quindi non venivano risarcite proprio perché non vi era un'elaborazione adeguata per comprenderle, per individuarle e quindi risarcirle. Quindi la sentenza è importante. Naturalmente è stata poi seguita da altre, che noi tutti conosciamo, che hanno corretto il tiro e soprattutto hanno riportato il danno esistenziale in ambito consequenziale e hanno anche indicato dei parametri, dei criteri, sotto il profilo della valutazione del danno, che possono essere adeguatamente seguiti.

Ora, è chiaro che io non posso invadere il campo che è stato perfettamente coltivato da altri in materia di valutazione e quantificazione della prova. Posso dire che anche per quanto mi riguarda, parlando di danni non patrimoniali, io credo che la valutazione equitativa sia sicuramente il sistema più idoneo e valido e che debba essere agganciata a dei criteri che quanto meno cerchino di

assicurare da un lato la possibilità di risolvere il caso concreto in maniera adeguata, ma dall'altro cerchino anche di garantire una certa omogeneità nei trattamenti per evitare disparità di trattamenti. Allora, sotto questo profilo, riferito alla lesione del diritto al mantenimento, devo dire che vi sono degli aspetti che riguardano non solo il danno esistenziale, ma anche il danno patrimoniale e il danno morale.

Per quanto riguarda il danno patrimoniale nulla quaestio, credo che non ci sia nessuna difficoltà a ricostruirlo e ad ammetterne la risarcibilità. Per quanto attiene al danno morale dobbiamo.. non vi è più la possibilità di escludere i limiti sanciti dall'Art. 2059, nel senso che, trattandosi, diciamo, per definizione di lesioni che attengono alla personalità dell'individuo, cioè ai diritti più importanti e più delicati, è chiaro che non possono operare i limiti di cui all'Art. 2059.

Questo profilo che secondo una certa giurisprudenza penale non vi sarebbe violazione dell'obbligo di mantenimento nei casi in cui non sia stata esperita l'azione ex Art. 279, quindi anche quei casi di cui parleremo adesso di risarcimento, soprattutto ex post e le sue attuazioni che sono maturate nel tempo, naturalmente non è possibile configurare il reato.

Ora, le conseguenze di questa lesione devono essere naturalmente, come dicevamo, verificate in concreto e quindi vi è la necessità di dare una prova effettiva di questi danni, prova che naturalmente può essere anche raggiunta in via presuntiva. Questa è una conquista fondamentale della giurisprudenza in materia di danno esistenziale, che, laddove afferma che occorre la prova del danno in concreto, ribadisce – questo già le sezioni unite del 6572/2006 e la successiva sentenza di Scarano – che il ricorso alle presunzioni è un criterio probatorio altrettanto valido e sicuramente utilizzabile. Quindi in casi del genere noi possiamo verificare come possa la vita di questo soggetto che è stato privato del mantenimento avere subito delle alterazioni e qui torno al danno esistenziale. Naturalmente – e qui è un salto logico, ma solo apparentemente – quando noi parliamo di danno esistenziale ci riferiamo a un danno per differenza.

Ora, nel caso di minore che non ha mai avuto una vita migliore perché non ha potuto averla è chiaro che noi ci dobbiamo collocare in una prospettiva probabilistica prospettiva, cioè valutare la vita del soggetto anche in base alle allegazioni quale sarebbe stata e rispetto a quella che è stata realmente. Sotto questo profilo vanno segnalate delle decisioni tra cui ve n'è una della Corte d'Appello di Bologna in data 10 febbraio 2004, si trattava di un giovane che era figlio naturale e era nato però da una coppia formalmente sposata. Contestualmente alla scoperta di questo adulterio il padre effettivo aveva

iniziato una azione di disconoscimento che aveva avuto anche un notevole clamore nell'ambiente, un'azione che era durata negli anni, si era poi completamente disinteressato di questo minore; altrettanto aveva fatto il padre naturale, il quale, peraltro, occupava una posizione preminente nell'ambiente industriale della città in cui viveva. Questo ragazzo in effetti si era venuto a trovare da due padri senza alcun padre e, nonostante questo, aveva manifestato sempre delle capacità, era volenteroso, intelligente, cominciando da facchino, da operaio, etc., era poi stato assunto in un'impresa, etc., aveva assunto un incarico di fiducia e nel frattempo aveva cominciato a assumere una posizione lavorativa interessante. Nel frattempo l'azione di disconoscimento era stata ultimata e aveva iniziato l'azione di riconoscimento nei confronti del padre naturale chiedendo al contempo il risarcimento dei danni subiti.

Prima credo di non avere detto ma è un principio acquisito che il principio di cui all'Art. 261 opera anche nei casi in cui vi sia una impossibilità di ottenere il riconoscimento quando si verifichi il disconoscimento che a parimenti ha efficacia retroattiva, cioè combinando l'efficacia retroattiva del disconoscimento con quella del riconoscimento, torniamo a quel discorso iniziale della procreazione come momento genetico della responsabilità e quindi dell'obbligazione di mantenimento che naturalmente opera in maniera efficace.

Venne riconosciuto a questo soggetto, anche sulla base di un elaborato peritale molto complesso che teneva conto dei beni della famiglia e delle posizioni di notevole rilievo assunte dai fratelli legittimi, un risarcimento di alcuni miliardi di lire.

Questa sentenza venne confermata e credo sia ancora sub iudice sotto il profilo della lesione del diritto al mantenimento, un diritto della personalità assolutamente fondamentale e sotto il profilo del valore, come dire, differenziale della vita di questo soggetto rispetto a quella che avrebbe potuto avere se avesse ottenuto dal padre, ecco il punto, non solo quelle prestazioni, come dire, di natura pecuniaria che normalmente fanno parte del contributo al mantenimento, ma anche quei suggerimenti, quegli aiuti, etc., che potevano consentirgli di entrare a fare parte, sebbene come figlio naturale, dei vertici industriali e aziendali di quella città, cioè a dire: avrebbe potuto, avendone le capacità, raggiungere delle posizioni analoghe a quelle che avevano i propri fratelli legittimi. E' un criterio sicuramente da utilizzarsi, cioè, oltre alla valutazione, come dicevamo prima, della capacità della famiglia, del tenore di vita della stessa e anche delle attitudini del soggetto, anche il raffronto con le posizioni degli altri soggetti legittimi o naturali che viceversa abbiano ottenuto il mantenimento come previsto dalla legge. Vi sono state altre decisioni, come Tribunale Venezia 30 giugno 2004 in diritto famiglia, in cui appunto è stato

riconosciuto parimenti il riconoscimento, è stato posto in evidenza il nesso causale fra inadempimento costante dell'obbligazione di mantenimento e comunque dei doveri genitoriali e il pregiudizio sofferto da un figlio, soprattutto sotto il profilo esistenziale.

Vi è un aspetto molto importante. Abbiamo visto come in ambito familiare si possano estendere i principi della responsabilità aquiliana senza alcun problema essendo, anzi, un campo, diciamo, abbastanza interessante, dove possono manifestarsi queste lesioni, lesioni che assumono un interesse particolare. Quello che va evidenziato che l'obbligazione risarcitoria deve associarsi a tutte le componenti della valutazione del danno aquiliano, cioè a dire: mentre l'inadempimento è un fatto che tout court giustifica il ricorso a quei rimedi ordinari di cui parlavamo, la lesione sotto il profilo risarcitorio comporta il riferimento al nesso causale e soprattutto anche all'elemento psicologico. Ora, è evidente che un'azione condotta in maniera gravemente colposa o in maniera dolosa comporterà innanzitutto la prova, la necessità della prova di tale elemento psicologico, ma anche e soprattutto la possibilità – soprattutto con riferimento al danno morale – di graduare il risarcimento in maniera anche proporzionale a questo grado di colpevolezza.

Direi che la materia è così ampia nella sua dimensione esistenziale che non è possibile sviscerarla tutta. Per quanto attiene all'obbligazione di mantenimento penserei di fermarmi qui, anche perché gli aspetti più importanti per quanto attiene all'ingiustizia del danno li ha già riferiti la relazione che precedeva.

Quello che io vorrei dire per ultimo è che spesso viene trascurata o almeno non viene esaltata adeguatamente l'importanza della sentenza numero 599 che scolpisce in maniera, secondo me, importante e forse essenziale la definizione di ingiustizia del danno, che vi risparmio e che comunque secondo me è molto importante e serve proprio a individuare, io credo, tutte le ipotesi in cui dal mero inadempimento si passa alla ingiustizia del danno, cioè tutti quei casi in cui avviene qualcosa che lo stesso ordinamento non può tollerare perché non è adeguata ai nostri principi, al nostro modo di vedere, alla nostra cultura, alla nostra sensibilità, per cui trascende il mero inadempimento, trascende la mera obbligazione di tipo civilistico e attinge il campo aquiliano. Io direi di fermarmi, grazie.

PROF. PAOLO CENDON

Quando gli amici di Portogruaro mi hanno chiesto di dargli una mano a organizzare questo convegno io ho pensato a alcuni temi e a alcuni relatori possibili. Io pensavo che se la sarebbero cavata egregiamente, ma devo dire che

sono proprio sbalordito dalla loro bravura. Le ultime due relazioni sono due capolavori, ringrazio davvero tantissimo.

Di grande interesse, immagino, sarà anche la prossima relazione sulle violenze in famiglia, che ci verrà tenuta da Francesca Maria Zanasi, è che un Avvocato di Milano, famosa, credo, anche, se posso dirlo, perché tiene una rubrica giuridica in una rivista femminile molto trendy, su Vanity Fair, tanto per non fare pubblicità, Francesca Zanasi tiene questa rubrica e poi ha scritto un bellissimo libro molto avanzato e molto moderno sullo stalking e le violenze familiari su una collana di Giuffré e poi è anche una colonna di Persone e Danno, almeno io spero che lo diventi, a Milano, dove è un po' la nostra testa di ponte per una redazione che stiamo costituendo, quindi ci sono molte ragioni per cui c'è da aspettarsi che Francesca Zanasi ci racconterà cose molto interessanti.

AVV. FRANCESCA MARIA ZANASI

I miei predecessori hanno illustrato ampiamente il profilo risarcitorio che conferma la funzione reintegratoria della responsabilità civile, quindi io cercherò di intanto richiamare la vostra attenzione e a non farvi scappare con delle slide. Cominciamo con la prima slide.

L'argomento che mi sta molto a cuore, come diceva anche il professore, è la violenza in famiglia, naturalmente l'argomento è ampissimo, quindi l'intervento sarà concentrato su un aspetto che ritengo molto importante prima ancora della prova del danno e prima ancora della sua quantificazione, ovvero la prova del reato.

Seconda slide. Passiamo attraverso due definizioni importantissime: la famiglia e la violenza in famiglia.

La prima definizione: cos'è la famiglia? La famiglia è un territorio protetto dove normalmente ognuno di noi è privo di quelle difese che mette in pratica dal mondo esterno e quindi l'immagine che noi abbiamo è appunto di un territorio che ci coccola. In realtà non è così e la cronaca ne testimonia la triste realtà.

Passiamo alla seconda definizione, che dovrebbe essere la violenza in famiglia. Quando affrontiamo questo argomento ci scontriamo di fronte ad un problema, cioè che non esiste la nozione di violenza in famiglia. Perché non esiste? Perché i maltrattamenti in famiglia rappresentano una forma di violenza riconosciuta come tale solo di recente. Quale ragione? Perché ha risentito di un retaggio culturale che tendeva a minimizzarla e a ricondurla ai meri conflitti coniugali o tra conviventi o tra coniugi a cui non si dava importanza e contenuti nell'ambito delle mura domestiche.

Soltanto in questi ultimi anni questo argomento è passato da un aspetto privato ad una questione pubblica.

Due note doverose – la mia relazione è caratterizzata dal due, due note, due aspetti, due cose, non so perché, mi è venuta così -: la famiglia, violenza in famiglia non vuol dire liti coniugali, quindi va abbandonata l'idea che per maltrattamenti in famiglia si parli di guerriglie tra coniugi o tra amanti, anzi, i protagonisti non sono la coppia, sono genitore e figlio, fratello/sorella, nipote/nonno, quindi non solo marito e moglie, non solo amanti conviventi.

Per definire quindi violenza in famiglia, che è un argomento molto difficile da inquadrare, cosa diciamo? Diciamo che si manifesta con condotte molto diverse, con modalità così diverse e così poco afferrabili che è necessario qualificare il fenomeno in base alla finalità a cui gli atti sono diretti ovvero la sopraffazione del familiare più debole. Poi scrivo – io scrivo troppo sempre -: attraverso strategie umilianti e dolorose e, come dicono sempre i P.M., che cagionano a chi le subisce penosissime condizioni di vita. Chi fa penale sa che questa frase è ricorrente.

Un altro due: due pregiudizi da superare. Andiamo avanti. Qual è il primo pregiudizio comunissimo? Che la violenza in famiglia viene relegata ai contesti più degradati, invece non è così, perché? Perché è un problema che attraversa trasversalmente tutte le fasce sociali, naturalmente è individuabile nei contesti più degradati, perché il servizio territoriale è più penetrante, trova meno ostacoli.

Un altro pregiudizio identifica gli aggressori con persone affette da specifico problema psicologico o psichiatrico, comunque patologico, e così invece non è. Dalle ricerche dei centri antiviolenza è emerso che più del 75% degli autori del torto domestico non presenta particolare caratteristica psicofisica alterata e sono bene inseriti nella società e rispettati in campo lavorativo, ovvero parliamo degli insospettabili, che magari sono un po' nevrotici, hanno dei problemi di personalità sicuramente, ma non tali da essere caratterizzati o qualificati patologici. Quindi si adattano alla realtà extra familiare e suscitano addirittura benevolenza da parte di chi li conosce.

Poi vi farò dei casi che ho trattato che sono agghiaccianti, dove davvero i protagonisti sembrano Dr. Jekyll e Mr. Hyde, due personalità sdoppiate eppure sane, dicono gli psichiatri.

La ricerca della prova della violenza e quindi del danno, cominciamo con gli aspetti pratici.

In ambito probatorio quante sono le caratteristiche della violenza domestica? Due. La prima che non ci sono testimoni e perché? Perché si consuma nell'ambito delle quattro mura e quindi i testimoni o non ci sono, perché sono

terzi estranei, o, se ci sono, sono dipendenti o familiari e quindi poco propensi ad andare contro l'altro familiare, quindi a denunciare il reato.

La seconda caratteristica è che si realizza con modalità tali che possono rendere molto difficile il reperimento delle prove e, come dicevo prima, le sottili intimidazioni – scrivo qua – ricatti, etc., sono molto difficili da provare, e poi perché io scrivo questo ve lo spiegherò dopo. Quindi è difficile l'emersione del fenomeno e anche la tutela naturalmente del familiare offeso.

Ecco che diventiamo importantissimi noi Avvocati. Dal 2000 possiamo svolgere attività investigativa e il legislatore ha introdotto nove articoli nel titolo sesto bis del libro quinto dal 391 bis al decies.

Questo è un problema, nel senso che noi dovremmo avere pari dignità investigativa e pari dignità probatoria, cioè le nostre indagini, il nostro ruolo, seppur deontologicamente diverso da quello del Pubblico Ministero, dovrebbe giungere ai medesimi risultati probatori. In realtà poi nei fatti io che faccio anche penale mi rendo conto che il Pubblico Ministero, forse anche a ragione, io dico sempre naturalmente non con me, verifica l'attività investigativa e quindi fa ascoltare dalla PS i testi e quindi si ricomincia daccapo il lavoro e allora quelle necessità del nostro intervento che accelera la tutela della vittima viene vanificata, perché naturalmente hanno dei tempi che non sono quelli nostri.

L'Avvocato quindi, dicevo, può svolgere indagini per ricercare ed individuare elementi di prova a favore della vittima.

Qual è la prova più immediata? Ora ci siamo, la testimonianza delle persone informate sui fatti. Chi sono queste persone informate sui fatti? Io ho fatto un elenco, quello che vedo nei consultori familiari: c'è sempre il custode, la babysitter, la domestica, il dirimpettaio, il negoziante, c'è anche il falegname, c'è di tutte le arti e mestieri, dopo anche gli amici, conoscenti, familiari, etc.

Alcuni casi, che sono quelli che volevo sottoporvi, perché abbastanza particolari. C'è il caso del figlio esemplare e dell'anziana madre dal quale dentro casa subiva continue angherie, dal quale veniva costretta ad ascoltare monologhi farneticanti – non ho potuto scrivere le frasi ma veramente farneticanti - di 20 minuti in cui lui la scherniva dandole del lei. Immaginate una mamma seduta, poverina, per 20 minuti all'angolo col figlio che le dà del lei che le dice qualunque cosa. Naturalmente il Pubblico Ministero ha difficoltà ad individuare la forma di reato, cioè ci è voluto molto tempo per far capire che questo è un reato. L'unico teste era il vicino di casa.

O quell'altro caso di un figlio che perseguitava gli anziani genitori con cui conviveva profetizzando loro una fine orribile. Ora, è naturale che uno dice: allontana il figlio. Intanto non è così facile e comunque gli anziani genitori non

hanno avuto la forza in quel caso di cui mi occupai io e quindi dovemmo convocare la domestica e il procedimento andò avanti e si concluse.

O quello che di notte – questo era folle - ululava per spaventare la madre, ma a finestre aperte, con tutto il vicinato che ascoltava, e picchiava sulle porte e spaccava delle finestre, costringendo l'anziana madre a chiudersi a chiave in camera da letto e a dargli tutta la pensione per allontanarlo. Naturalmente i testi era tutto il quartiere, quindi non ho avuto difficoltà.

O il marito che imponeva alla moglie la presenza in casa dell'amante, minacciandola che se avesse protestato sarebbe finita in mezzo alla strada e non avrebbe più visto i figli. Normalmente la persona offesa dal reato in ambito familiare è veramente privata di ogni forza, per cui fa fatica. A noi ci viene da ridere, noi ridiamo a chi ci dice una frase del genere, però chi veramente vive un contesto di grande castrazione non riesce a reagire così facilmente.

I testi sono il custode, il vicino di casa, etc.

O quel signore che intimoriva sistematicamente la compagna pretendendo particolari atti di esibizionismo e alla quale imponeva costantemente un regime di vita umiliante, consistente nel non permetterle di uscire di casa, nell'impedire di pulire la casa appositamente sporcata o nel non darle alcuna somma di denaro dopo averla forzatamente costretta a chiudere i rapporti bancari a lei intestati. Per fortuna il direttore di banca ci è venuto in aiuto.

O i due figli che invitavano a dormire in casa donne e ragazze clandestine nonostante il divieto della madre, giungendo perfino a segregarla in camera da letto posizionando un grande armadio contro la porta e introducendo fiammiferi accesi sotto la stessa. Una roba folle. Il teste era il fidanzato della signora.

Quindi avete capito, dopo questa mia noiosissima elencazione di casi umani, che il cuore della nuova legge sono le investigazioni difensive, ma l'escussione dei testimoni, ovvero si chiama acquisizione di notizie rese da persone informate sui fatti in grado di riferire circostanze utili alla prova della violenza subita dalla vittima. Si articola in tre fasi molto interessanti: nel colloquio non documentato, per capire se la persona informata sui fatti può veramente essere utile alla prova del reato; nella richiesta di dichiarazione scritta e nell'assunzione di informazioni mediante esame documentato, in sostanza si convoca in studio e si verbalizza la dichiarazione.

Le modalità della legge, che la legge ha previsto sono molto rigorose, ciò nonostante i Pubblici Ministeri, forse a ragione, non si fidano e quindi le rifanno.

Io ho messo, e vi potranno dare dopo il convegno dei modelli, i modelli predisposti in base al dettato normativo. Questo è il mandato di attività investigativa preventiva che dà l'assistito all'Avvocato e l'avviso di

convocazione diretto alla persona informata sui fatti, cioè si convoca prima in studio, sono molto importanti queste note che abbiamo scritto. Poi assunzione di informazioni dalle persone informate sui fatti; il verbale di ricezione di dichiarazione. Perché ha tanta importanza l'investigazione preventiva? Perché qualche volta, troppo spesso, succede che l'autorità di PS convinca la vittima a non sporgere querela. Le ragioni le abbiamo già dette: il retaggio culturale, l'impreparazione, l'incapacità di riconoscere questo tipo di drammatico reato nei contesti di tutte le classi sociali, tant'è che a Milano soprattutto fanno molti corsi sia ai Carabinieri che alla PS per riuscire ad aiutare la PS a riconoscere effettivamente la gravità del reato e ad aiutare le vittime anziché rimandarle a casa, dopo poi vengono naturalmente ulteriormente vessate.

Quindi dicevamo che la PS scommette un reato, ma il danno più grave lo vive la vittima perché non trova tutela.

Quindi la grande utilità, dicevo, della prova dichiarativa qual è? La grande utilità è la possibilità di ottenere in fretta, salvo appunto la verifica del Pubblico Ministero, un ordine di protezione a favore della vittima; ordine di protezione che si articola in due principali provvedimenti che è l'allontanamento e l'altro è l'assegno, il pagamento di un assegno da parte dell'indagato a favore della famiglia o di chi non è in grado di provvedere al proprio mantenimento.

Io avrei concluso sulla responsabilità e sul profilo funzionale e sulla funzione reintegratoria del risarcimento del danno e vi ringrazio per l'attenzione.

PROF. PAOLO CENDON

Antonio Costanzo, a cui sto per dare la parola, è un Giudice speciale di grande sensibilità, di grande attenzione, di grande cultura e che ci è vicinissimo in tante battaglie che stiamo portando avanti. Non soltanto esperto di responsabilità civile, ma anche molto attento ai problemi di disagio e a Bologna io confido molto in lui, perché vengano sempre più sottolineate certe linee di tutela morbide, diciamo, della persona. Credo che ci parlerà di una sentenza di cui perciò non ci importa nulla, che è abbastanza stupefacente che documenta il coraggio di Antonio Costanzo come Giudice.

DOTT. ANTONIO COSTANZO

Il tema della mia relazione ha un titolo abbastanza particolare, non l'ho elaborato io, direi che è del professore, sembra un comandamento scolpito nelle tavole della legge, dopo onora il padre e la madre: "Non fare incapacitare il tuo congiunto". E' un tema che mi ha creato qualche difficoltà perché non sapevo come affrontarlo e come proporlo. C'è l'incrocio di varie tematiche: la tematica ovviamente del danno alla persona, l'individuazione dell'ambito di rilevanza

delle relazioni familiari o affettive anche al di fuori dello schema della famiglia tradizionale, e c'è ovviamente il tema delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia come attualmente disciplinato dopo la riforma del 2004, con l'introduzione dell'amministrazione di sostegno. Quindi sullo sfondo ci sono questi vari istituti o queste tematiche: giustizia del danno, quali sono le relazioni rilevanti per il diritto, quali sono le misure di protezione, qual è il funzionamento attuale di queste misure di protezione.

Terrei in modo particolare in considerazione, dato che si parla di non fare incapacitare il tuo congiunto, la misura più invasiva dell'interdizione, come oggi è interpretata dalla giurisprudenza, forse a macchie di leopardo in Italia, ma ci sono anche state delle pronunce degli organi più autorevoli della giustizia italiana: Corte Costituzionale del dicembre 2005, Cassazione giugno 2006, che stanno dando delle indicazioni molto forti che si aggiungono ovviamente alle indicazioni e suggerimenti, a volte anche alle forti critiche, che provengono dalla dottrina e di cui noi Giudici dobbiamo essere ovviamente consapevoli.

Questa congerie di questioni secondo me pone un duplice interrogativo che dobbiamo esplicitare: si parla di danno alla persona, di misure di protezione, di incapacitazione, di non cagionare danno, e mi pare che i danni ipotizzabili siano due. Primo danno: il danno da giudizio di interdizione o inabilitazione, cioè il danno che si può provocare ad una persona per il solo fatto di averlo citato in un giudizio di interdizione. Quindi la domanda è: promuovere un giudizio di interdizione, in particolare nei confronti di un proprio congiunto – cerco di attenermi alla traccia che mi è stata assegnata –, può essere causa di un danno risarcibile? E se sì - secondo me sì - quali sono le condizioni per giungere alla soluzione affermativa del giudizio di responsabilità? Inoltre, di quale danno stiamo parlando? Credo che si possa affermare ragionevolmente e una sentenza, che indicherò perché parlerò innanzitutto di questioni di carattere generale in forma problematica e poi di un caso concreto, ha in effetti valorizzato alcuni elementi nell'ambito proprio specifico della responsabilità processuale aggravata correlata al giudizio di interdizione. Possiamo ritenere che il solo fatto di essere citato non giudizio di interdizione e di assumere la posizione che il Codice definisce di interdicendo, un'espressione non bellissima che sembra già contenere un destino segnato, cosa che non è, può produrre delle conseguenze sfavorevoli che possiamo, alla fine di un lungo processo interpretativo, definire come evento danno risarcibile.

L'espressione, dicevo, già sembra segnare un destino sfavorevole alla persona chiamata in giudizio nel processo di interdizione, non è il convenuto, il resistente, come normalmente i Codici ci dicono, come se in una causa per inadempimento di obbligazioni parlassimo del condannando, qualcuno che già

ha un segno negativo che lo marchia. Però forse questo è importante per dire che nell'ambito dei vari procedimenti civili quello di interdizione espone l'attore, chi lo promuove, ad una responsabilità più marcata e quindi impone una cautela particolarmente elevata e al tempo stesso colloca il convenuto in una situazione non dico fragilità, però in qualche modo di maggiore vicinanza ad un potenziale pregiudizio, che a lui derivi per il solo fatto di essere chiamato in giudizio. Anche perché stiamo parlando di una misura particolarmente forte, invasiva, che, se applicata, e questo è uno degli altri problemi, stiamo parlando di un danno che potrebbe essere cagionato attraverso l'instaurazione di un procedimento giudiziario o con una sentenza addirittura, una misura, dicevo, che se applicata normalmente contiene quello che si indica come uno stigma, come un segno di riprovazione agli occhi delle persone che ci circondano, ma anche nel giudizio che noi diamo di noi stessi.

Questa è la parte più semplice secondo me del problema, che poi ritornerò ad esaminare parlando del caso concreto.

La parte più problematica è invece un'altra, un altro tipo di danno, cioè se sia configurabile un danno da interdizione o inabilitazione dichiarata, cioè un danno che si produce con un provvedimento giudiziario. Quindi, ragionando dal lato dell'attore, di chi dà impulso ad un procedimento di interdizione, se l'aver ottenuto l'interdizione del congiunto - stiamo parlando di rapporti tra soggetti legati da vincoli familiari o affettivi - può esporre il ricorrente per così dire vittorioso ad una responsabilità dei danni. Quindi nel primo caso, dicevamo, è già la pendenza del processo che è potenziale fonte di un pregiudizio. Qui invece stiamo ipotizzando un caso molto più delicato, cioè pregiudizio che la persona può soffrire per il fatto della pronuncia dell'interdizione. Ovviamente dobbiamo ipotizzare che questa pronuncia sia stata emessa senza ragioni che la giustificano. Adesso non voglio entrare nel discorso di qual è lo spazio maggiore o minore che oggi ha l'istituto dell'interdizione nel nostro ordinamento, sappiamo che c'è anche un forte movimento per ottenere l'abrogazione di questo istituto, che secondo me è una cosa auspicabile, un domani forse, se passasse questa proposta, il problema che sto affrontando adesso non ci sarà, ma attualmente esiste, anche perché Cassazione e Corte Costituzionale, sia pure in via generale o in via astratta, ritengono che uno spazio per queste misure molto forti ancora resista.

Quale potrebbe essere il danno, ancora non lo qualifico, risarcibile, non dico ancora che è ingiusto, possiamo ritenere che la pronuncia, magari ancora soggetta ad impugnazione, di interdizione possa determinare delle ripercussioni negative sulla vita della persona, addirittura anche sulla stessa salute della persona, e questo comporterebbe anche un problema di allegare e provare i

danni mediante presunzione. Questo secondo danno di cui sto parlando secondo me è difficile da ricostruire perché proprio c'è la mediazione del provvedimento giudiziale, provvedimento giudiziale che a sua volta è soggetto ai controlli delle impugnazioni e quindi secondo me è più arduo affermare una responsabilità di chi promuove il giudizio di interdizione nei confronti del congiunto quando questa domanda sia accolta, magari in secondo grado oppure in primo grado non impugnato, perché sarebbe difficile affermare, secondo me, l'esistenza di una fattispecie di responsabilità quando un organo giudiziario ha accolto la domanda, cosa che fa, secondo me, dubitare della possibilità di ricostruire o il danno ingiusto oppure un elemento soggettivo sufficientemente intenso per affermare la responsabilità. Ma questo è un grosso problema che non riesco a risolvere così con chiarezza, salvo fare due osservazioni correttive: in realtà non dovremmo discutere di danno risarcibile, dovremmo discutere di sentenze da non pronunciare, cioè il Giudice, ammesso che sia ancora ipotizzabile, come ci dicono gli organi supremi, una pronuncia di interdizione oggi in Italia, dovrebbe essere in grado di stabilire che quella che dovrebbe essere una misura di protezione delle persone in realtà può rivelarsi fonte di un danno. Quindi qualcuno dice: ma di cosa ci si può dolere? Sono misure fatte per il bene della persona. Questo è un argomento molto debole. In realtà lo stesso Codice Civile, come riformato dalla legge del 2004, impone dei limiti molto restrittivi alla possibilità di applicare l'interdizione e richiede la necessità di una adeguata protezione, non ci deve essere altra misura per proteggere la persona. Oggi c'è un larghissimo spazio invece riconosciuto all'amministrazione di sostegno, ma forse ci sono anche casi in cui, nonostante la disabilità psichica e nonostante il disturbo di cui una persona può soffrire, l'interdizione non va pronunciata senza neppure amministrazione di sostegno. Ci è capitato un caso, io sono Giudice a Bologna, in cui la persona effettivamente chiamata in giudizio dei problemi li aveva, lo capiva anche il Giudice Istruttore, che pure non è uno psichiatra. Lo psichiatra ha confermato che questo signore aveva delle patologie neppure lievi, peraltro ha confermato quella che era l'impressione che si coglieva, così, anche da parte del non esperto, cioè che era una persona che, nonostante questo disturbo psichiatrico importante, conviveva con questa malattia, aveva un suo equilibrio, non dava problemi né agli altri né a se stesso, anzi, entrare nella sua vita con una misura così forte quale la nomina di un tutore o, al limite, di un amministratore di sostegno, quello sì che avrebbe creato dei forti scompensi e avrebbe alterato quell'equilibrio che si era raggiunto. Quindi, ora non sto parlando di danno ingiusto e risarcibile, ma un danno materiale una interdizione in questo caso lo avrebbe provocato. Infatti la domanda è stata rigettata puramente e semplicemente.

Mi viene in mente un altro caso in cui, in realtà, il Collegio non è poi entrato nel merito perché c'era un profilo di incompetenza territoriale, quindi radicalmente la domanda è stata rigettata per questo aspetto, anche se nella motivazione si è detto che quella persona, che pure conduce una vita molto disordinata, sui generis, non si sa bene dove abiti, ma ha un suo mondo itinerante su treni, alberghi, etc., ci è parso di poter dire che quella persona non aveva necessità di una pronuncia di interdizione, anzi le avrebbe fatto male. E' una persona che quasi ogni giorno viene a trovarci ancora in Tribunale e ci dice: "Ma se voi mi interdite io divento matta". Quindi c'è questo paradosso della follia o comunque della situazione esplosiva che viene cagionata da un provvedimento del Giudice che in realtà dovrebbe servire a proteggere quella persona.

Chiudo questo secondo versante più problematico cioè del danno da interdizione dichiarata con questa brevissima nota: forse uno spazio rimane in un'ipotesi molto particolare, cioè la problematicità del caso secondo me sta nel fatto che se c'è una sentenza che passa in giudicato è molto difficile affermare che vi sia un pregiudizio risarcibile. Vi è però uno spazio, secondo me, subordinato all'applicazione delle norme sulla revocazione, quindi uno strumento di impugnazione straordinario, collegato, direi. l'ipotesi più piana è quella della pronuncia che sia effetto del dolo della parte, quindi se, per ipotesi, una interdizione fosse pronunciata per effetto di dolo del, poniamo, padre rispetto al figlio o il figlio rispetto al padre, questa sentenza venisse revocata, verosimilmente si potrebbe andare a riaprire un discorso risarcitorio, filtrato attraverso il criterio selettivo dell'elemento soggettivo del dolo. Si può riaprire la discussione sull'ingiustizia del danno perché la sentenza che dichiarava l'interdizione è stata revocata; si apre un problema di elemento soggettivo perché quella parte aveva fabbricato prove false, aveva prodotto documenti alterati, aveva esposto al Giudice e magari al consulente tecnico delle situazioni inesistenti, poteva anche avere manipolato i farmaci o sottoposto la persona a trattamenti particolari che lo esponevano alla valutazione del Giudice in sede di esame o alla valutazione del C.T.U. ad un giudizio che in realtà non aveva un fondamento. Ci potrebbe essere poi, sempre nell'ambito della revocazione, un'ipotesi credo veramente residualissima che è quella del dolo del Giudice, ma, ripeto, se non si toglie di mezzo la sentenza di interdizione, credo che il giudizio di responsabilità in questa ipotesi non possa condurre ad un esito positivo.

Si apre un altro spiraglio però: nell'ipotesi in cui l'interdizione, ma forse anche un'inabilitazione o, al limite, un'amministrazione di sostegno siano legittimamente pronunciate, perché quella sentenza, quel decreto non sono stati reclamati o impugnati e se, reclamati e impugnati, sono stati confermati, si può

aprire un problema diverso, una prospettiva differente, legata ad un infedele esercizio del ruolo ad esempio di tutore o al limite di amministrazione di sostegno. Stiamo parlando di un'altra prospettiva, ma sempre legata a questa tematica delle misure di protezione e ad un uso abusivo in questo caso del ruolo, poniamo, di tutore o di amministratore di sostegno. Qui possiamo trovare anche un aggancio, come dire, normativo esplicito che sta nella norma sulla responsabilità del tutore. Io non ho fatto grandi ricerche, devo dire, non mi è mai capitato di trovare sentenze che abbiano pronunciato la responsabilità risarcitoria del tutore, però probabilmente è una norma da valorizzare nell'ambito della rilettura sotto la chiave esistenzialista della responsabilità civile, cioè l'Art. 382 ci dice che – ed è previsto per la tutela dei minori, ma vale anche per l'interdizione - il tutore deve amministrare il patrimonio della persona sottoposta a tutela con la diligenza del buon padre di famiglia. Qui il parametro fa riferimento ad una figura familiare classica peraltro del diritto civile e che, secondo me, poi induce a maggiore severità quando il ruolo viene esercitato in modo scorretto, cioè, se il parametro è questo, soprattutto se il tutore è un familiare, a mio giudizio la sanzione e la responsabilità sarà ancora più grave. Questa norma ci dice che egli risponde di ogni danno a lui cagionato violando i propri doveri.

Il primo inciso parla di doveri di amministrare il patrimonio, ma credo si possa affermare che, così come pacificamente l'amministratore di sostegno, anche il tutore abbia dei compiti di cura della persona in senso più ampio. E il fatto che questo articolo, così, nascosto nel Codice parli di ogni danno, dà ampi spazi alla configurabilità di una responsabilità per cattivo esercizio del ruolo di tutore o di amministratore di sostegno. E ripeto, secondo me, la responsabilità sarà ancora più grande quando l'infedele tutore è anche uno stretto congiunto dell'interdetto o del beneficiario o dell'amministratore.

Mi viene in mente un provvedimento del Giudice tutelare di Trieste che ho letto di recente che si collega ad un'ipotesi, della quale pure possiamo fare un cenno, cioè abbiamo individuato profili, come dire, di responsabilità per una condotta attiva, promuovo un giudizio che è palesemente infondato oppure ottengo una sentenza con mezzi fraudolenti, sono condotte attive. Più delicata è la questione di una eventuale responsabilità per condotte di tipo omissivo, è una questione delicatissima su cui non mi soffermo, facendo presente che oggi ci sono ampi spazi per riaprire casi apparentemente chiusi per l'eternità negli armadi giudiziari, cioè giudizi di revoca di interdizione ed inabilitazione pronunciati in passato quando non esisteva la misura dell'amministratore di sostegno.

Il caso che ho presente è un caso singolare perché emblematico della ipotesi che vi dicevo, anche se veramente sui generis. Cioè l'ipotesi in cui una signora

svolgeva funzione di curatore del fratello, ma l'ha svolta così male che già in pendenza della curatela è stata prima sospesa e poi rimossa dal ruolo, perché aveva espanso così la sua attività da comportarsi in realtà come un tutore, cioè aveva di fatto paralizzato ogni attività della persona sottoposta alla curatela, alla quale peraltro l'ordinaria amministrazione ben spettava. Invece questa sorella così invadente aveva deciso tutto per lui e questa è una condotta gravissima. Cosa succede? Viene innanzitutto sospesa, poi rimossa dall'incarico di tutore. Nel giudizio di revoca il Tribunale rimette gli atti al Giudice tutelare dicendo: non c'è più l'inabilitazione, ci può stare l'amministrazione di sostegno. E il Giudice tutelare effettivamente applica questa misura alternativa individuando un altro soggetto. Qual è il caso singolare, l'ipotesi un po' curiosa? E' che forse questo poteva essere un caso in cui poteva configurarsi una responsabilità del curatore, ma il Giudice tutelare osserva che a sua volta questa persona aveva dei gravi disturbi che verosimilmente la porteranno ad essere sottoposta ad una amministrazione di sostegno.

Chiudo col caso concreto, un caso abbastanza estremo, nel senso che poi tutto sommato a decisione presa e rivisto col senno di poi sembra anche facile da decidere ma su cui non vi erano grossi precedenti. E' il caso del figlio che promuove il giudizio di interdizione nei confronti del padre di 80 anni, anzi, ne aveva ormai 83. Chiede l'interdizione, per prodigalità e per altre problematiche confusamente esposte, del padre; chiede l'immediata nomina con urgenza, quasi fosse un 700, del tutore provvisorio, ovviamente nella sua persona e descrive il padre a tinte fosche, sembra il peggiore degli uomini. Racconta la storia già della sua famiglia, quando erano ancora padre, madre e figlio, questo signore che faceva il medico si era comportato così male in una località di provincia, conducendo una vita immorale con altre donne, che era stato allontanato e trasferito a Bologna. A Bologna tradiva la moglie, dilapidava i beni patrimoniali. Quando la moglie muore non racconta a suo figlio che la mamma è morta e glielo fa sapere una settimana dopo. Pur ormai in età avanzata si risposa con una donna, dalla quale però si separa di fatto pochi giorni dopo per inconsumazione del matrimonio, ma al tempo stesso la tradisce con altre donne; un personaggio veramente negativo sotto tutti i profili. Questo figlio chiede che il padre sia interdetto e chiede di essere nominato tutore per evitare che venga dilapidato il patrimonio del padre, che evidentemente in prospettiva questo figlio già intravedeva sotto il profilo di una aspettativa ereditaria. Il padre si costituisce e dice: "Ma di che cosa stiamo parlando? Sono sconvolto da questa richiesta". Davanti al Giudice compare e dice: "È assolutamente ingiustificata questa domanda". Lo zio del ricorrente pure è offeso. Compare addirittura la seconda moglie, che peraltro si era allontanata da questo arzillo ottantenne,

dicendo: “No assolutamente, va respinta la domanda di interdizione”. Il giudizio si approfondisce: memorie e contromemorie. Il Giudice Istruttore su istanza dei ricorrenti dice: “Nominiamo un consulente tecnico d’ufficio”. Viene nominato, ma ad un certo punto il consulente dice: “Il ricorrente non mi ha anticipato l’acconto, cosa devo fare caro Giudice?”. Nel frattempo cambia il Giudice e il Giudice Istruttore dice: “Cerchiamo di capire cos’è successo qui dalle carte e richiamiamo tutti i soggetti; chiamiamo il convenuto, chiamiamo il ricorrente”. Il ricorrente si fa di nebbia, come si dice, anzi, lo stesso Avvocato dice: “Non so più dove sia, rinuncio al mandato”. Compare invece l’ottantatreenne convenuto, che racconta molte cose, si esprime con precisione e dimostra che non c’è assolutamente neanche bisogno di disporre consulenza tecnica d’ufficio. Morale: viene respinta in toto l’istanza di interdizione e viene accolta la domanda riconvenzionale ex Art. 96 c.p.c. che giustamente il Difensore del convenuto aveva fin dall’inizio proposto.

Concludo dicendo che vengono valorizzate per qualificare non soltanto come gravemente colpose, ma come dolose, quindi in malafede, l’iniziativa giudiziaria che riguardano tutti gli elementi di cui era a conoscenza il figlio, valorizzando tra l’altro un aspetto non trascurabile, cioè il giudizio di interdizione era stato promosso dal figlio pochi mesi dopo che il padre aveva ottenuto un sequestro conservativo a carico suo, cioè c’era un conflitto patrimoniale tra i due. Alla prima risposta positiva ottenuta dal padre, sequestro conservativo, il figlio, questo lo si è appreso solo dopo, risponde col giudizio di interdizione. Liquidazione equitativa del danno correlata non soltanto al disturbo che qualsiasi convenuto viene a patire nell’ipotesi in cui sia citato in un giudizio che sia stato promosso con grave negligenza, in modo del tutto infondato, ma proprio si fa leva anche sull’evoluzione della giurisprudenza in materia di danno alla persona e si mettono in luce alcuni aspetti che sono sembrati importanti nel qualificare ingiusto questo danno e cioè questa condotta è andata comunque ad incidere su un rapporto parentale delicato, addirittura abbiamo ritenuto che vi fosse proprio una violazione di un dovere di rispetto e di cura che deve avere il figlio nei confronti di un anziano genitore, lesione della dignità della persona anche per il modo in cui il convenuto era stato dipinto nell’atto introduttivo e quindi danno da lesione di interessi rilevanti costituzionalmente e quindi qualificabili anche sotto il profilo del danno esistenziale.

Chiudo dicendo che l’aspetto più delicato rimane quello della condotta omissiva, ci è stata indicata prima la famosa sentenza del Tribunale di Firenze, il marito che gravemente trascura di curare la moglie, che ha una malattia grave, la tiene chiusa in casa e non la fa uscire, non la cura, e questo può anche

riflettersi nell'ipotesi in cui non siano invece prese iniziative dai familiari per una cura non soltanto sotto il profilo sanitario dell'assistenza materiale, ma anche sotto il profilo della individuazione dello strumento che consente al soggetto di svolgere delle attività che egli non riuscirebbe da solo ad ottenere. Ci è stata riferita l'ipotesi del genitore naturale che non mantiene il figlio, ma quelle sentenze che sono state citate e altre che sono seguite facevano anche riferimento ad un altro profilo, cioè all'ostinato rifiuto di riconoscere il fatto di essere genitore naturale e quindi di non dare tutte quelle attenzioni, quelle cure, non soltanto sotto il profilo del mantenimento materiale, ma anche sotto il profilo della crescita della persona.

Concludo dicendo che, al di là poi della questione del danno risarcibile che, comunque, se verrà risarcito viene risarcito solo a distanza di tempo e dopo lungo giudizio, rimane credo a mio avviso un problema di scarsa conoscenza a livello di opinione pubblica di quelli che sono i mezzi di protezione, in particolare delle amministrazioni di sostegno. Mi riferisco proprio alla famiglia normale italiana, che credo ancora non abbia consapevolezza di queste possibilità e credo che anche incontri come questo possano servire per poi sviluppare nell'ambito professionale o sociale o delle conoscenze personali una diffusione di informazioni e quindi consentire a chi abbia bisogno di utilizzare uno strumento poco invasivo e rispettoso della persona, ce lo dice anche la Cassazione, quale l'amministrazione di sostegno. Grazie.

PROF. PAOLO CENDON

Voglio dire ad Antonio che quando hai mal di testa fai delle relazioni molto più belle di quando non ce le hai. La seconda cosa che voglio dire, visto che parli di responsabilità per omissione, secondo me una responsabilità di omissione potrebbe essere del legislatore italiano che non ha ancora abrogato l'interdizione e la terza cosa che forse l'invito di Antonio agli organizzatori va raccolto, cioè di organizzare prima o dopo qui a Portogruaro, città così sensibile, proprio un incontro sui mezzi di tutela dei soggetti deboli oggi, nel 2006.

Concludiamo questa kermesse di voci con un profilo molto interessante, che verrà tracciato da due giovani giuriste lombarde che hanno appena finito di scrivere un libro molto interessante: "Il coniuge pseudo povero e l'accertamento dei redditi", che è di grande interesse e quindi io affido senz'altro loro la parola.

AVV. ALESSANDRA SBRESSA AGNENI

L'argomento che vengo a trattare riguarda appunto il problema dell'accertamento dei redditi che si pone nel caso in cui il coniuge obbligato a

versare l'assegno di mantenimento fa di tutto per cercare di occultare in un qualche modo o comunque celare la propria reale situazione economica e finanziaria. Questo a scapito del coniuge più debole, che solitamente la maggior parte dei casi è la moglie, in quanto nella nostra società odierna, anche se la maggior parte delle donne comunque lavora, vi sono ancora dei casi comunque in cui ci sono donne che non hanno un reddito e non hanno un lavoro.

Il problema dell'accertamento quindi dei redditi che abbiamo presentato in questo libro, io non mi soffermo adesso sulle varie categorie anche di lavoratori, in particolare ci sono appunto lavoratori autonomi e lavoratori dipendenti, nel caso di lavoratori dipendenti è più facile stabilire quale sia appunto la loro situazione patrimoniale, in quanto nel procedimento di separazione anche giudiziale viene presentata la dichiarazione personale dei redditi e quindi particolare importanza ha l'Art. 5 comma 9 della legge sul divorzio, che stabilisce questa legge all'Art. 9 che le parti devono presentare all'udienza presidenziale la dichiarazione personale dei redditi e ogni altra documentazione relativa al loro reddito e al loro patrimonio e in caso, però, ci siano delle contestazioni può essere richiesto appunto il Giudice, nel caso in cui ci siano contestazioni da parte delle parti sulla documentazione fiscale che viene prodotta può disporre d'ufficio gli accertamenti ad opera della Polizia tributaria, anche se in realtà per quanto riguarda gli accertamenti della Polizia tributaria poi questo articolo si può applicare anche alla separazione. C'è una sentenza del 17 maggio 2005 che stabilisce appunto, proprio stante l'identità della ratio relativa all'assegno di mantenimento, l'applicazione quindi anche nei giudizi di separazione.

Per quanto riguarda il profilo che stiamo trattando in questo convegno, che è il tema sul danno esistenziale, sul risarcimento e quindi sulla responsabilità, nel caso in cui un coniuge non adempia quindi all'obbligo di mantenimento ci sono alcune sentenze interessanti, tra cui abbiamo inserito nel libro per esempio la sentenza del Tribunale di Bassano del Grappa del dicembre del 2004 che prevede proprio il danno da mancata corresponsione dell'assegno di divorzio.

Questa sentenza - dicendo brevemente cosa ha previsto - ha previsto che la moglie, visto che il marito comunque non aveva adempiuto all'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento così come stabilito nella sentenza di separazione, la moglie aveva poi seguito la procedura esecutiva nei suoi confronti e anche diverse querele, in quanto lui non adempiva a questo obbligo, ha adempiuto per alcuni mesi e poi non l'ha più fatto. La signora aveva quindi subito un grave danno patrimoniale e anche un danno alla salute psicofisica. Infatti il comportamento tenuto appunto dal marito aveva costretto la moglie ad una vita piena di sacrifici e di ristrettezze, tenuto anche conto del tenore di vita

che avevano goduto durante il matrimonio. A questo proposito la moglie era caduta in un forte stato di depressione, di prostrazione, che andava ad incidere proprio in modo negativo sulle sue condizioni di salute e quindi è stato previsto a favore della signora appunto un risarcimento del danno morale ex Art. 2059 del Codice Civile.

Poi ci sono numerose altre sentenze che abbiamo inserito, tipo sentenza del Tribunale di Rovereto del 18 dicembre 2001, che ha previsto appunto il danno esistenziale, è stato riconosciuto sia alla moglie che ai figli un risarcimento di 40 milioni di lire per ciascuno dei quattro soggetti danneggiati, in quanto il padre per ben dieci anni non aveva adempiuto all'obbligo di mantenimento nei confronti sia della moglie e dei figli e questo aveva comportato un grave stato di bisogno all'intera famiglia.

Un'altra sentenza interessante è sempre quella del Tribunale di Rovereto del 19 dicembre 2002, che è simile comunque alla precedente, prevede sempre un risarcimento, quindi è un riconoscimento del danno anche esistenziale nei confronti sia della moglie che dei figli per il mancato adempimento del coniuge all'obbligo di mantenimento stabilito nella sentenza di separazione o comunque nella sentenza di divorzio.

Un'altra cosa su cui volevo soffermarmi riguarda sempre l'accertamento dei redditi: il fatto che la dichiarazione personale dei redditi è il punto di partenza che viene utilizzato per procedere all'accertamento, anche se poi in realtà il Giudice considera questo aspetto, però può anche basarsi su delle presunzioni e su nozioni di comune esperienza, quindi non è strettamente vincolato alla documentazione che viene prodotta dalle parti in giudizio.

AVV. STEFANIA SBRESSA AGNENI

Buonasera. L'ultima parte del libro dedicato al coniuge pseudo povero e all'accertamento dei redditi prende in considerazione la legge sull'affidamento condiviso e il mio intervento quindi riguarda questa legge, la legge n. 54 dell'8 febbraio 2006 recante appunto disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento della prole.

Tale legge è entrata in vigore nelle aule dei nostri Tribunali il 16 marzo 2006 e l'anno 2006 per il diritto di famiglia rappresenta un anno veramente importante perché ha portato delle novità significative e potrà essere ricordato alla stregua dell'anno 1970, che ha introdotto la legge sul divorzio, 1975 che ha riformato con la legge n. 151 il diritto di famiglia e anche dell'anno 1987 che, seppure in toni minori, ha riformato il divorzio. La legge sull'affidamento condiviso ha avuto una storia molto travagliata e un iter parlamentare lungo 12 anni. Ha creato accesi dibattiti che a mio avviso si possono paragonare ad una grande

confusione, anche ad un grande caos dal quale può nascere una stella danzante secondo il filosofo esistenzialista per antonomasia del nostro secolo Nietzsche. Da un grande caos appunto nasce una stella danzante e questa stella danzante è la legge sull'affidamento condiviso, nell'interesse esclusivo del minore, sotto due aspetti, sotto due profili molto importanti: un profilo riguarda l'aspetto esistenziale del minore e quindi riguarda la qualità della sua vita tendente a favorire lo schema educativo utilizzato dai genitori nel corso del matrimonio o della convivenza. Quindi profilo esistenziale che attiene alla qualità della vita del minore, alla crescita e al suo sviluppo sereno. Un altro aspetto importante, che poi riguarda appunto il libro "Il coniuge pseudo povero", è l'aspetto economico, patrimoniale e finanziario.

La legge sull'affido condiviso ha modificato l'Art. 155 del Codice Civile e ha portato delle novità significative in materia di corresponsione dell'assegno di mantenimento e anche in relazione alla misura dell'assegno di mantenimento. Importante perché ha stabilito dei criteri precisi e determinati a cui il Giudice può riferirsi quando deve determinare l'entità dell'assegno di mantenimento. Tali criteri sono ispirati al principio di proporzionalità di cui all'Art. 148 del Codice Civile. Tali criteri sono le attuali esigenze del figlio, il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori, i tempi di permanenza presso ciascun genitore, le risorse economiche di entrambi i genitori e la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore. Una novità importante perché viene data importanza al lavoro domestico e casalingo.

Importante è l'ultimo comma che dice che quando le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate il Giudice dispone un accertamento della Polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi. Quindi questa legge conferisce un ruolo importante e un ruolo primario alla Polizia tributaria, alla Guardia di Finanza, e aiuta a smascherare in un certo modo il coniuge pseudo povero e conferisce quindi un aiuto in più, anche se notiamo nella pratica che la Guardia di Finanza poi concretamente è presente in modo minore rispetto a quello che poi gli Avvocati chiedono. Comunque è molto importante per smascherare in giudizio il coniuge che occulta le proprie ricchezze a discapito del coniuge più debole e a discapito del minore.

L'articolo in questione quindi pone la corresponsione di un assegno periodico diretto e perequativo, nel senso che tende a riequilibrare il contributo economico che ciascun genitore deve al figlio. Quindi è ispirato al principio di proporzionalità e anche ad un altro principio che viene in luce appunto nella

legge sull'affido condiviso, che è il principio dell'accordo, cui è ispirata tutta l'intera riforma.

Per quanto riguarda la corresponsione dell'assegno di mantenimento una novità è costituita anche per quanto riguarda i figli maggiorenni, in quanto loro direttamente devono chiedere la corresponsione dell'assegno, e quindi questo costituisce una novità importante. Ovviamente per quanto riguarda la determinazione dell'assegno incide anche l'assegnazione della casa familiare, che costituisce un altro criterio importante per la determinazione.

Concludo dicendo che la legge sull'affido condiviso porta una conservazione dell'effettiva genitorialità da parte di entrambi i genitori, quindi non significa che il figlio deve trascorrere il 50% del tempo con un genitore e 50% con l'altro genitore, ma appunto conservazione dell'effettiva genitorialità e un comportamento genitoriale adeguato da parte di entrambi.

AVV. ALVISE CECCHINATO

L'ora è tarda. Noi abbiamo affidato all'Avvocato Maglio, che è anche nostro rappresentante al Consiglio dell'Ordine, un compito arduo.

AVV. GIANFRANCO MAGLIO

Buonasera a tutti. Il saluto del Consiglio dell'Ordine e una buonanotte ormai, data l'ora tarda. Io mi ero preparato varie cose, qui mi sono fatto una serie di appunti, ma non ho assolutamente il tempo di poterli sviluppare.

Vorrei fissare l'attenzione solamente su due cose, due aspetti.

Sentendo i vari relatori, a partire dal professor Cendon, l'Avvocato Rossi, l'Avvocato Bilotta, il dottor Fontanella etc. etc., l'elemento essenziale che emerge è proprio la centralità del concetto di persona, nel senso che, a partire dal professor Cendon e poi via via, attraverso le varie relazioni, si pone l'accento sul fatto che le diverse leggi hanno un denominatore comune, che è quello di dare rilevanza alla persona. La responsabilità civile, diceva il professor Cendon, è espressione di situazioni di disagio della persona etc. etc. Ma cos'è la persona? Dove nasce il concetto di persona? Io volevo fare questo: dovrò riassumere molto, anche se ho preparato una relazioncina scritta che magari consegnerò agli atti del convegno, volevo molto brevemente fare proprio a flash la storia di questo concetto.

Molti di voi sapranno che il concetto di persona nasce in un certo momento storico ben preciso ed è precisamente il frutto della filosofia cristiana dei primi secoli. Nell'ambito di quella riflessione il concetto di persona assume un significato prevalentemente teologico, sia ben chiaro non è ancora quello che diverrà in seguito, però è da lì che dobbiamo partire perché è da lì che il

concetto di persona, via via in tutto quello che sarà poi il pensiero successivo attraverso il Medio Evo e l'età moderna, sarà sempre più collegato al concetto paritario di dignità dell'uomo, persona uguale riconoscimento della dignità dell'uomo. Ecco perché è importante questo concetto.

Probabilmente quando nel sesto secolo, agli inizi del sesto secolo un certo Severino Boezio cercava di definire la persona non si rendeva conto dell'importanza che questa categoria avrebbe avuto nel tempo, tanto meno, ma un secolo più tardi, gli oscuri compilatori di un codice barbarico, l'Editto di Rotari, che per la prima volta inseriva dei timidi riferimenti, bisogna dirlo, al valore della persona collegata all'attività che svolgeva, alla posizione sociale, etc. etc., sfuggendo un po' alla tradizione romanistica, nemmeno questi potevano pensare che magari in un lontano futuro da queste piccole cose si sarebbe giunti all'idea di un risarcimento alla persona nel suo complesso. Ma la persona è importante perché non è l'individuo.

Faccio un altro riferimento storico, scusatemi, sapete che è il mio pane un po' questo: nella Summa di Tommaso D'Aquino c'è una differenza molto netta, molto chiara tra individuo e persona. Ad un certo punto si dice: la persona è ciò che è distinto; l'individuo è ciò che è indistinto. Mi spiego meglio, Tommaso usa una frase molto concreta, dice: "La persona è questa carne, queste ossa, questa anima". Cioè un riferimento alla concretezza dell'esistente concreto, quindi è un concetto che ci consente di aprire proprio a quella costellazione di aspettative, di diritti che possiamo riconoscere nel momento in cui riconosciamo la persona umana. Questo è importante, non ho il tempo per svilupparlo, dico solo che questa concezione della persona che attraversa il pensiero cristiano, arriva attraverso il Rosmini, ad esempio, a determinare un'equivalenza tra persona e diritto sussistente, cioè la persona è il diritto sussistente, molto importante questa frase, perché ci dice che il diritto non è una astrattezza. Ecco perché quando nella ricerca delle norme che ci possono condurre al risarcimento dei vari danni diciamo che non dobbiamo rimanere sclerotizzati - il professor Cendon è un precursore di questo - nelle categorie della dogmatica diciamo una grande cosa, il diritto sussistente non è la dogmatica, il diritto sussistente è la realtà della vita ed è la realtà dei rapporti personali. Ecco perché nella famiglia, nella vita sociale, nella professione, in ogni luogo dal quale possiamo individuare, comprendere che sorge, nasce una esigenza di tutela, partiamo sempre dall'idea che vi è a monte la persona, ossia un ente relazionale per natura, un ente che non vive per se stesso, ma vive insieme agli altri.

Un altro grande filosofo, Heidegger, lo sapete tutti, diceva che l'essere dell'uomo è un essere con gli altri, è originario questo nostro essere con gli altri,

è originario e va riconosciuto. Questo determina delle relazioni che devono essere sempre prese in considerazione quando dobbiamo risarcire un danno, ecco perché la persona non è l'individuo, cioè non dobbiamo limitarci a riconoscere un diritto soggettivo, dobbiamo individuare l'esistenza viva e concreta di questo diritto e questo avviene proprio attraverso il concetto di persona.

Ecco, mi pare di capire che in tutto quello che è stato detto oggi sotto sotto c'è questa impostazione; ad esempio, riconoscere il diritto del congiunto in caso di morte del familiare, se il congiunto non fosse considerato persona non avrebbe senso, non avrebbe senso perché un suo diritto soggettivo fine a se stesso non avrebbe la possibilità di uscire nella relazione con le altre persone e quindi di essere tutelato in quanto tale e così via, via gli esempi potrebbero essere moltissimi.

Direi che c'è un altro aspetto importante ed è l'ultimo perché mi rendo conto che è tardi, ed è l'idea che ognuno di noi ha dei doveri. Noi parliamo spesso di diritti, non parliamo mai di doveri. Ora, questi doveri in realtà sono, come dire, riassumibili in un unico dovere fondamentale. Qui vorrei riallacciarmi proprio ad una bellissima definizione di un filosofo del diritto, Sergio Cotta, che definisce dovere fondamentale dell'uomo per eccellenza il riconoscimento della coesistenza con gli altri. Se noi partiamo da questo presupposto, cioè ci accorgiamo che siamo ma assieme agli altri, con gli altri dobbiamo coesistere e i valori nostri sono anche i valori di coloro che ci stanno accanto, ecco allora che la possibilità di ottenere, di individuare, meglio, prospettive risarcitorie e quindi danni diventa una possibilità concreta. Il diritto infatti che cos'è? E' essenzialmente vita e concretezza, non è assolutamente astrattezza, non è assolutamente dogma. Il diritto è ciò che l'uomo chiede, la domanda dell'uomo per poter vivere con gli altri e per poter fare assieme agli altri una strada comune. Vi ringrazio. Grazie dell'attenzione.

AVV. ALVISE CECCHINATO

Commiato cosa vuol dire? A quest'ora non possono essere che tre grazie: grazie al professor Cendon, a cui debbo dare atto che aveva ragione quando ci voleva persuadere ad impostare il convegno in una certa maniera e spero che si sia trovato bene e che questo sia l'inizio di una collaborazione.

Grazie a tutti i relatori, le relazioni sono state affascinanti, stimolanti, ma anche interessanti, l'uditorio era composto in gran parte da Avvocati, sono state interessanti, quindi grazie a loro.

Il terzo grazie a tutti coloro che hanno reso possibile il convegno e in particolare i colleghi della Camera Avvocati che si sono davvero prodigati. Arrivederci a tutti.