

Il mancato guadagno non patrimoniale nella fase ante-mortem

Autore: Viola Luigi

In: Diritto civile e commerciale

Il fumo[1] pu?? provocare danni alla salute del soggetto leso, tanto dal punto di vista biologico fisico, che sotto il profilo relazionale.

In particolare, con riferimento a quest?ultimo aspetto pu? accadere che il soggetto leso dal fumo attivo? che abbia acquisito una malattia come il cancro ovvero una malattia alla pelle, perda, almeno in parte, la sua? capacit? di relazionarsi con i consimili, con particolare riguardo al lasso di tempo intercorrente tra la conoscenza della malattia cagionata dal fumo e l?eventuale decesso.

D?altronde, l?acquisizione della malattia pu? non essere? imputabile al fumatore, in quanto derivata da una mancata informazione sulle conseguenze dannose del fumo, cos? che sussisterebbe un vizio del volere nel compimento di negozi giuridici determinante una violazione della propria libert? di autodeterminazione negoziale con effetti permanenti, in quanto la scelta a monte di fumare avrebbe ricadute sull?intera vita del fumatore (soprattutto se si enfatizza il concetto di dipendenza[2] dal fumo).

Tali ricadute ben sarebbero visibili nel lasso di tempo intercorrente tra conoscenza della malattia letale come il cancro ai polmoni, o alla lingua o alla pelle, e morte del soggetto fumatore.

In tale lasso di tempo, ovvero fase esistenziale, il soggetto leso viene limitato delle sue possibilit? di realizzazione e pi? in generale della sua libert?; tali limitazioni implicano un non poter fare ci? che si sarebbe voluto fare[3], sia con riferimento al danneggiato, che con riguardo al contesto orizzontale (coniuge, anche di fatto, che ha precisi obblighi di solidariet? ed assistenza) e verticale (figli, naturali e

legittimi, che non potranno pi? pienamente godere del diritto all'educazione familiare, costituzionalmente garantita).

In questa visione prospettica, pertanto, il fumatore subirebbe oltre al classico danno biologico *iure proprio*, eventualmente trasmissibile *iure successionis*, anche un danno ulteriore di matrice relazionale costituito dal danno esistenziale (limitatamente a questo lasso di tempo) ovvero, pi? tecnicamente, un mancato guadagno non patrimoniale[4].

Tale ricostruzione ? confermata dal legislatore civile che all'art. 2056 c.c., dove si occupa dei danni non patrimoniali (e, quindi, alla persona), rinvia all'art. 1223 c.c. per spiegare che in tema di *quantum debeatur* , ? necessario tener presente la perdita subita ed il mancato guadagno.

Alla luce di questo rinvio, l'art. 1223 c.c. opera anche in riferimento al danno non patrimoniale, ex art. 2059 c.c., e, quindi, deve essere risarcito anche il mancato guadagno non patrimoniale che, comunemente, viene definito danno esistenziale (oltre al risarcimento della perdita subita che, di massima, pu? coincidere con il danno biologico).

Questa impostazione ? utile anche al fine di giustificare il risarcimento del danno, biologico ed esistenziale, *iure successionis*, in favore degli eredi, che alla morte del *de cuius* causata dal fumo potranno vantare sia il risarcimento del danno biologico *iure successionis* , che il mancato guadagno non patrimoniale, ovvero il danno esistenziale nella duplice forma *iure proprio* e? *iure successionis* (se il fumatore muore).

?

Tale tesi non ? condivisa da quanti ritengono che il risarcimento del danno alla persona (nella duplice forma biologica ed esistenziale) non ? trasmissibile agli eredi in quanto diritto personalissimo[5]; in

particolare, si dice, il danno esistenziale ovvero il mancato guadagno non patrimoniale non potrebbe essere ritenuto trasmissibile agli eredi in quanto il risarcimento del danno non patrimoniale avrebbe natura riparatoria ovvero, *lato sensu*, consolatoria e per ciò solo non attinente alla sfera giuridica degli eredi, come nel caso di danno patrimoniale.

Lo stesso concetto di danno alla persona, infatti, escluderebbe *a priori* il risarcimento del danno ad una persona diversa del danneggiato diretto; con il corollario applicativo che alla morte del danneggiato seguirebbe l'estinzione del diritto al risarcimento del danno non patrimoniale.

Altresì, la tesi della trasmissibilità agli eredi del diritto al risarcimento del mancato guadagno non patrimoniale non sarebbe condivisibile perché la conoscenza della malattia (cancro), per comunicazione o in via autonoma per manifesta evidenza, non potrebbe giustificare la formulazione di un danno sul presupposto che il soggetto leso subisca una limitazione delle sue scelte esistenziali, perché la conoscenza non potrebbe implicare una *deminutio* non patrimoniale, ma al contrario implicherebbe una possibilità di scelta in più, oltre ad aumentare la possibilità di riduzione degli effetti lesivi del fumo; *id est* la conoscenza non può essere la fonte di un danno non patrimoniale, tanto più che grava sui medici un obbligo di trasparenza verso la salute dei pazienti (per cui il legislatore da un lato imporrebbe l'obbligo di comunicazione sulle condizioni di salute dei propri pazienti e, dall'altro lato, considererebbe un danno la stessa comunicazione, portando ad un'irragionevolezza incostituzionale).

Tuttavia tali rilievi critici non sembrano del tutto condivisibili.

Infatti, il problema interpretativo potrebbe essere superato sottolineando il fatto che l'illecito che cagiona un danno alla persona non può avere natura giuridica riparatoria (o consolatoria) perché, comunque, il danno non sarebbe riparabile (morte dovuta a cancro); al contrario, invece, potrebbe avere natura, *lato sensu*, sanzionatoria[6].

Se, pertanto, si sottolinea la natura sanzionatoria dell'illecito aquiliano non vi potrà più essere un

problema di trasmissibilit  dell'azione risarcitoria, perch  non si porrebbe pi  il problema della personalit  del danno che deve essere riparato direttamente nei confronti del danneggiato.

D'altronde, la stessa giurisprudenza prevalente[7] ammette la trasmissibilit  agli eredi del diritto al risarcimento del danno biologico che   pur sempre un danno alla persona, non potendosi agevolmente capire, poi, le motivazioni per cui dovrebbe ritenersi trasmissibile agli eredi il danno alla persona inteso come danno biologico e non ritenere trasmissibile quello alla persona inteso come danno esistenziale (ovvero mancato guadagno non patrimoniale).

Interpretando, poi, la conoscenza del danno come un momento fondamentale a tutela del paziente con riferimento al fatto che la conoscenza della malattia non   un danno, quanto piuttosto un vantaggio per il paziente, allora, bisognerebbe trarne tutti i corollari applicativi come il fatto che si potrebbe ipotizzare il concorso colposo del creditore, ex art. 1227 c.c., cos  che la quantificazione del danno cagionato dal fumo dovrebbe essere ridotta nella misura in cui il soggetto leso non si sia sottoposto a cure per ridurre la portata lesiva (ignara) dello stesso fumo; da questo angolo prospettico tale impostazione, comunque, violerebbe la libert  di cura del paziente, principio fondamentale del diritto moderno e richiamato pi  volte dalla stessa giurisprudenza.

Invero   possibile superare l'ostacolo interpretativo della coincidenza tra conoscenza del danno e danno stesso, sottolineando che si tratterebbe di danni lungolatenti[8] dove   fisiologico uno sfalsamento temporale tra causazione del danno e manifestazione del danno (come nei danni da HIV); cos  che la conoscenza del danno non rischia per nulla di coincidere con il danno stesso, in quanto il primo attiene ad un piano giuridico diverso dal secondo. Pi  in particolare la conoscenza del danno attiene al problema del *dies a quo* della prescrizione, ma non all'esistenza del danno che sussisterebbe gi  a monte. Diversamente, infatti, verrebbe ad essere vulnerata in concreto la tutela del privato, in contrasto con il diritto di difesa, ex art. 24 Cost.

In questa prospettiva, pertanto, nell'ipotesi di danno subito dal fumo[9] (con riferimento al periodo di tempo intercorrente tra la conoscenza della malattia e morte), potrebbero trovare risarcimento tutti i

danni non patrimoniali, comprendendo anche il mancato guadagno non patrimoniale, nella duplice forma *iure proprio* e *iure successionis*.

?

?

?

?

[1] Per un'analisi completa sul problema del risarcimento dei danni da fumo, si veda Adducci-Filadoro, *Il risarcimento del danno da fumo*, Matelica (MC), 2005.

[2] E' bene precisare che, spesso, la dipendenza dal fumo ? causata dal fatto che alcune case produttrici di tabacco mischiano lo stesso tabacco con altri prodotti come l'ammoniaca o la caffeina.

[3] Per la ricostruzione del danno esistenziale come un non poter fare ci? che si sarebbe voluto fare si veda, tra gli altri, Cendon (a cura di), *Il diritto delle relazioni affettive*, Padova, 2005.

[4] Sul punto sia consentito il rinvio a Viola, *Il danno esistenziale come mancato guadagno non patrimoniale*, su *overlex.com*, 2005, all'Url <http://www.overlex.com/leggiarticolo.asp?id=377> , nonch? a Viola, *Il mancato guadagno esistenziale*, su *Studium Iuris*, 2, 2006 (in corso di stampa).

[5] Sul problema della trasmissibilit? agli eredi del diritto al risarcimento del danno alla persona si veda Capozzi, Successioni e donazioni, Milano, 2002.

[6] Sul problema della natura giuridica del risarcimento del danno da illecito extracontrattuale si veda Franceschetti, La responsabilit? civile, Napoli, 2002 nonch? Viola, I danni derivanti da morte, Matelica (MC), 2005.

[7] Cass. 3549/2004.

[8] Sia consentito il rinvio a Viola, La prescrizione dei danni lungolatenti, in altalex, 2005, all?url http://www.altalex.com/index.php?idnot=1068.

[9] Per una visione completa sul risarcimento del danno da fumo si rinvia, di nuovo, a Adducci-Filadoro, Il risarcimento del danno da fumo, Matelica (MC), 2005.

<https://www.diritto.it/il-mancato-guadagno-non-patrimoniale-nella-fase-ante-mortem/>