

Micropermanenti

Il danno nella prospettiva medico-legale: la *vexata quaestio* delle micropermanenti

di **Benedetta Guidi** e **Ranieri Domenici**

Con questo contributo gli autori propongono una riflessione sulle novità introdotte dal c.d. "decreto Balduzzi" convertito nella l. 27 del 24 marzo 2012, nell'accertamento medico-legale di un danno biologico di lieve entità.

"Danno Biologico is an idea which has found followers in many European jurisdictions now and, if I may so, it is a very convincing idea"
(Chr. Von Bar).

Le novità introdotte dalla legge n. 27 del 24 marzo 2012

Il danno alla persona nell'ambito della responsabilità civile per come delineato dalla dottrina e dalla giurisprudenza nonché da alcuni provvedimenti legislativi, si fonda sul concetto di danno biologico. Il danno biologico è un danno ingiusto che consegue alla lesione del bene salute da parte di un terzo. Inizialmente configurato come danno-evento dalla storica sentenza della Corte costituzionale del 14 luglio 1986 n. 184, secondo cui sarebbe l'ingiustizia insita nel fatto menomativo dell'integrità bio-psichica il fondamento giuridico del rimedio risarcitorio, è stato poi ricondotto nella categoria del danno-conseguenza. Lo stesso giudice delle leggi (sentenza 372/1994) correggeva la sovrapposizione tra il profilo dell'ingiustizia del danno e quello della risarcibilità. Le regole della responsabilità civile escludono la configurabilità di danni *in re ipsa*: il danno deve essere provato dal leso.

Tracce della concezione elaborata dalla sentenza 184/1986 sono però residue nella definizione del danno biologico fatta propria dal legislatore. È l'unica figura di pregiudizio non patrimoniale, a differenza degli altri nocuenti qui ricompresi dopo la ricostruzione delle Sezioni Unite del 2008, ad avere una definizione normativa, che sebbene settoriale, limitata all'ambito della circolazione di veicoli e natan-

ti, è stata dichiarata avere portata generale dalle stesse SSUU in quanto aderente ai risultati elaborati nel tempo da dottrina e giurisprudenza. La definizione contenuta negli artt. 138 e 139 del d.lgs. 209/2005 fa riferimento alla «lesione temporanea o permanente dell'integrità psico-fisica suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato indipendentemente dalla sua capacità di produrre reddito». Il residuo della c.d. teoria eventista si ritrova nell'identificazione tra danno biologico (menomazione) e lesione dell'integrità psicofisica.

Nella corretta terminologia medico-legale è la menomazione a rappresentare la disutilità derivante dall'alterazione patologica (lesione iniziale) cagionata dall'evento traumatico che dà diritto al risarcimento. Mentre la lesione individua il *contra ius*, la menomazione è il parametro dell'obbligazione risarcitoria. La distinzione tra lesione e menomazione non è dunque mera pedanteria lessicale (1).

La stessa impropria equazione è compiuta dal legislatore anche nel decreto legislativo n. 1 del 24 gennaio 2012 "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività" c.d. decreto "liberalizzazioni", convertito nella legge

Nota:

(1) Si veda la definizione di danno biologico nel Decalogo SIMLA del 2001 "Il danno biologico consiste nella menomazione permanente e/o temporanea all'integrità psico-fisica della persona, comprensiva degli aspetti dinamico-relazionali, passibile di accertamento e di valutazione medico-legale ed indipendente da ogni riferimento alla capacità di produrre reddito". Dove "comprensiva" va inteso come "produttiva di alterazioni" degli aspetti dinamico relazionali.

n. 27 del 24 marzo 2012, che modificando l'art. 139 del Codice delle Assicurazioni private, relativo al risarcimento del danno biologico per lesioni di lieve entità, specifica le modalità di accertamento del danno risarcibile.

Con tale provvedimento, secondo la relazione governativa, il legislatore ha inteso «rendere più rigido il sistema di accertamento e liquidazione dei danni derivanti dalla circolazione dei veicoli, nella prospettiva altresì di potenziare il sistema dei controlli antifrode e di ridurre, in generale, l'entità della spesa nel relativo settore» (2).

Più in dettaglio, l'art. 32 comma 3 ter della predetta norma ha integrato il secondo comma dell'art. 139 attraverso la seguente proposizione: «in ogni caso le lesioni di lieve entità che non siano suscettibili di accertamento clinico strumentale obiettivo, non potranno dar luogo a risarcimento per danno biologico permanente».

L'art. 32 comma 3 quater prevede che «il danno alla persona per lesioni di lieve entità di cui all'art. 139 C.d.A., va risarcito solo a seguito di *riscontro medico-legale da cui risulti visivamente o strumentalmente accertata l'esistenza della lesione*».

Se ben si interpretano le intenzioni del legislatore, la *ratio legis* consisterebbe nel contenimento della spesa assicurativa, riducendo i costi dei risarcimenti derivanti da truffe assicurative ed in particolare nel limitare il ristoro per danni di lieve (e lievissima) entità. Riguardo a quest'ultimo obiettivo, in calce all'emendamento 32.41 è contenuta una «relazione illustrativa» secondo cui specificamente è riportata la previsione di escludere il risarcimento da danno biologico permanente in caso di effetti lesivi «soggettivi» cioè solo riferiti dal danneggiato e non obiettivamente constatabili. Tale previsione eviterebbe «l'abnorme speculazione sul cd «colpo di frusta»».

E se il trauma minore del collo ha così costituito il vero destinatario del provvedimento, non sfugge anche ad una lettura *prima facie*, l'effettiva portata dell'intervento correttivo che, per regolamentare il settore delle piccole invalidità, ha modificato l'intero assetto del sistema risarcitorio del danno biologico. Per come scritta la norma sarebbero escluse dal risarcimento tutte quelle micro-invalidità, oltre al colpo di frusta, in cui la sintomatologia è esclusivamente soggettiva.

Tralasciando ogni interrogativo sulla [il]legittimità costituzionale di una siffatta previsione che distinguendo tra danni biologici [esistenti] non risarcibili e danni biologici risarcibili pone una franchigia per la lesione del diritto alla salute, ci sembra necessario

soffermarci sulle modalità di accertamento richieste. Anzitutto i commi 3 *ter* e 3 *quater* sembrano subordinare la risarcibilità dei micro-danni ad accertamenti diversi. Questo almeno da una interpretazione letterale della norma, l'unica corretta secondo la stessa avvertenza contenuta nell'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale.

Il comma 3 *ter* richiede un accertamento clinico strumentale oggettivo, il comma 3 *quater* esige un riscontro visivo o strumentale.

Al di là che è dubbio se tali requisiti siano applicabili alla constatazione della lesione, della menomazione o di entrambe, poco chiaro è anche il significato da attribuire alla qualificazione dell'accertamento così come specificato.

Dalla prima norma sembra emergere la necessità di un riscontro strumentale che dimostri l'attendibilità di un pregiudizio, senza certezze circa la necessaria compresenza o l'alternanza dell'evidenza strumentale rispetto all'accertamento clinico.

Anche la locuzione «visivamente» richiede di essere interpretata. La sola percezione *ictu oculi* lascerebbe escluse dal ristoro le lesioni/menomazioni non visibili, ma clinicamente rilevabili. Per tale eccessiva restrizione è stata invocata da più parti una interpretazione fondata su una qualche razionalità che attribuisca al lemma un significato più esteso.

Per la Società medico-legale del Triveneto l'accertamento visivo corrisponde al riscontro clinico, inteso questo come applicazione di tutti i criteri della semeiotica clinica, che si avvale oltre all'ispezione di palpazione, percussione, auscultazione (3).

Per l'ANIA l'accertamento da cui risulti visivamente il pregiudizio equivale alla osservazione obiettiva senza necessità di conferma strumentale (4). Altra interpretazione è quella che fa riferimento all'«evidenza concreta, supportata da riscontri reali relativi a tutti i dati di rilievo medico-legale» (5). Nessuna ermeneutica riesce tuttavia ad eliminare ogni incertezza su quale sia in concreto la modalità di con-

Note:

(2) Documento del 6 marzo 2012 «Progetti di legge. Numero 606. Concorrenza, sviluppo delle infrastrutture e competitività (Decreto Liberalizzazioni)-D.L. 1/2012-A.C. 5025-Elementi per l'istruttoria legislativa redatto dal Servizio Studi, Dipartimento attività produttive».

(3) Così la Società medico legale del Triveneto nel documento Indicazioni medico legali in merito al D.L. 24.1.2012 n. 1 recante «Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, con riferimento alle modifiche dell'art. 139 del Codice delle Assicurazioni».

(4) Vedi nota ANIA del 27 marzo 2012.

(5) G. Cannavò - L. Mastroberto, *Linee Guida per i medici legali*, in questa *Rivista*, 2012, 684.

statazione del danno di lieve entità imposta dalla norma. Se operiamo una semplificazione si può affermare che per il legislatore il micro-danno deve essere obiettivamente constatabile.

Ma non tutte le alterazioni patologiche possono essere obiettivamente constatabili, ciò anche in relazione alla mancanza di mezzi diagnostici. Il criterio porterebbe ad un assurdo. Già gli autori del passato avevano affermato che negare l'importanza di sintomi soggettivi in caso di difetto di segni obiettivi «sarebbe lo stesso che voler negare l'esistenza di una malattia poiché non sappiamo fare una diagnosi» (6). Anche oggi, sia pur con tutti i progressi della semeiotica strumentale e laboratoristica, codesta affermazione rimane ancora attuale.

A titolo esemplificativo tutta la patologia psichiatrica (di lieve entità) resterebbe fuori dall'ambito risarcitorio così delimitato, in quanto non ci sono all'attualità mezzi strumentali che consentano di diagnosticare un disturbo mentale (7). Né soccorre a tal fine l'accertamento clinico: nessun segno della semeiotica individua un alterato psichismo. Sono invece utilizzati test psicodiagnostici le cui risposte (soggettive) vengono interpretate alla luce delle conoscenze della Psichiatria e ricondotte nella categorie diagnostiche del DSM (Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali).

Lo stesso DSM di cui è stata di recente pubblicata la V edizione e che rappresenta ad oggi la fonte più autorevole per la diagnosi ed il trattamento delle malattie mentali, costituisce in realtà un manuale ateorico, semplicemente descrittivo dei sintomi delle diverse forme morbose, una sorta di dizionario, «che crea una serie di etichette fornendo per ciascuna di esse una definizione a differenza delle definizioni esistenti sulla cardiopatia ischemica, il linfoma, o l'AIDS, le diagnosi del DSM si basano su un consenso nei confronti dei vari cluster di sintomi clinici e non su una misurazione oggettiva di laboratorio. Nel resto della medicina, questo sarebbe equivalente alla creazione di sistemi diagnostici basati sulla natura del dolore toracico o la qualità della febbre» (8).

Non sarebbe poi la sola patologia psichiatrica a restare fuori dal risarcimento, ma anche altre affezioni come le sindromi regionali complesse caratterizzate dal dolore neuropatico e gli stessi disturbi sensoriali, per i quali ci sono bensì numerose metodiche strumentali di valutazione, con parametri che, tuttavia, fanno riferimento alla risposta soggettiva del paziente (anche se è vero che per queste metodologie diagnostiche dipendenti dalla risposta - e collaborazione - del soggetto sono disponibili delle tecniche di disvelamento (9) della simulazione in grado di ri-

scontrare elementi di falsità in ordine all'esistenza, alla genesi e all'entità di una affezione).

Dal sintomo al segno di malattia

Ma cos'è il sintomo? La sintomatologia è l'insieme di ciò che la persona percepisce sul proprio corpo come atipico, diverso dal solito. Per il paziente la patologia non è astrazione teorica ma esiste in quanto sintomatica. Un perturbamento che ancora non è segno. È la scienza medica a trasformare il sintomo in segno mediante la nosografia.

Se ripercorriamo le tappe che hanno contrassegnato la storia della medicina, constatiamo che la descrizione (*oraphe*) della malattia (*nosos*) ha fin dalle origini adottato come principio classificatore la sintomatologia clinica. I sintomi e segni sono considerati identici sul piano fenomenico, la differenza avviene sul piano semantico, il sintomo trasmutato in segno diviene l'elemento attraverso cui si genera la diagnosi (10). L'indagine dei sintomi come pratica congetturale essenziale ai fini di diagnosi e prognosi è

Note:

(6) Come già asserito da G. Moglie in *La psicopatologia forense*, Roma, 1938, 347, relativamente al riconoscimento nosografico delle turbe post-commotive e cioè della cosiddetta sindrome soggettiva del traumatizzato cranico. Il fatto di aver posto l'accento sulle manifestazioni soggettive sembrava togliere credito al substrato biologico allora di assai più difficile accertamento.

(7) Sullo status epistemologico della disciplina psichiatrica, cfr: *Philosophy of Psychiatry from the fall 2013 edition of Stanford Encyclopedia of Philosophy* (<http://plato.stanford.edu/>).

(8) <http://scientificamerican.com>: Thomas Insel direttore dei National Institutes of Mental Health (NIH): «While DSM has been described as a 'Bible' for the field, it is, at best, a dictionary, creating a set of labels and defining each. The strength of each of the editions of DSM has been 'reliability'-each edition has ensured that clinicians use the same terms in the same ways. The weakness is its lack of validity. Unlike our definitions of ischemic heart disease, lymphoma, or AIDS, the DSM diagnoses are based on a consensus about clusters of clinical symptoms, not any objective laboratory measure. In the rest of medicine, this would be equivalent to creating diagnostic systems based on the nature of chest pain or the quality of fever. Indeed, symptom-based diagnosis, once common in other areas of medicine, has been largely replaced in the past half century as we have understood that symptoms alone rarely indicate the best choice of treatment. Patients with mental disorders deserve better».

(9) Ad esempio in caso di deficit uditivo valutato mediante audiometria tonale liminare, audiometria vocale e audiometria sopraliminare, il sospetto di simulazione o accentuazione del disturbo può essere posto in presenza di: comprensione della voce parlata migliore di quanto ipotizzabile in presenza del deficit audiometrico rilevato; curva audiometria piatta; differenza superiore a 10 dB in rilevazioni di soglia successive o ripetute nella stessa sessione. Per dimostrare la simulazione sono poi utilizzabili dei test quali il test di Azzi o DAF; il test di Stenger, l'audiometria automatica, lo studio della soglia del riflesso stapediale; lo studio della soglia mediante potenziali evocati uditivi; le emissioni otoacustiche.

(10) G. Erba, *La malattia e i suoi nomi*, Roma, 2007.

contenuta nel Prognostico di Ippocrate. A partire da Ippocrate il sintomo è considerato un particolare segno il cui studio ha dato origine alla semeiotica considerata alla base dell'attuale semeiotica medica, ovvero della scienza dei segni. Si afferma poi la semeiotica della percezione, che trae origine dalla epistemologia aristotelica, per cui al di là del sintomo non c'è presenza patologica e la collezione dei sintomi dà forma alla malattia. Il segno rappresenta l'immissione del sintomo all'interno del sistema conoscitivo della scienza medica, permettendo di interpretare le descrizioni fenomenologiche in termini di processi fisiologici e patofisiologici. Anche nella prima moderna classificazione delle malattie pubblicata nel 1763 ad opera di F. Bossier de Sauvages (*Nosologia methodica sistens morborum classes, genera, juxta Sundenhami mentem et botanicorum ordinem*) i processi morbosi suddivisi in 10 classi, 45 ordini, 317 generi e circa 2400 specie, sono classificati sulla base di un criterio esclusivamente sintomatologico.

A partire dall'Ottocento la scienza medica muta la relazione tra sintomo e segno, la malattia diviene indipendente dal sintomo, in quanto esiste come entità celata che deve essere resa visibile. All'approccio epistemologico si unisce quello strumentale del corpo. Con il progresso delle conoscenze anatomopatologiche e fisiopatologiche avviene dunque la separazione tra sintomo e segno e si assiste ad una reinterpretazione ideologica che ridimensiona il significato del sintomo. Lo sviluppo tecnologico ha ulteriormente ristretto il valore della sintomatologia, *senza tuttavia privarla di significato*. Abbiamo già detto come talora vi sia solo il sintomo a indicare una condizione morbosa.

Ed è bene precisare che l'assenza di una alterazione anatomopatologica o fisiopatologica capace di spiegare un sintomo soggettivo non lo qualifica come espressione di inesistenza né tantomeno di malafede. In altre parole ciò non indica necessariamente un comportamento ingannevole, menzognero secondario ad una volontà appetitiva (definito dagli anglosassoni col termine di *malingering*).

D'altra parte come da taluno correttamente sottolineato, anche lo studio dei segni è mediato dalla soggettività dell'esaminatore che «descrive quello che egli percepisce e interpreta secondo i suoi schemi conoscitivi che derivano non solo da un patrimonio condiviso di conoscenze, ma anche dalla sua esperienza» (11).

È di tutta evidenza come anche il segno sia solo relativamente oggettivo, cosicché il suo confine rispetto al sintomo può diventare estremamente evanescente.

Un altro limite della oggettività della semeiotica è

costituito dall'evocabilità del segno. Per cui è possibile condizionare anche il significato di un segno. Così per esempio il segno o il test di Laségue che rappresenta uno tra i test più utilizzati nella medicina ortopedica può essere simulato. È una manovra impiegata nella diagnosi dell'interessamento radicolare in una sciatalgia; in caso di segno di Laségue positivo la manovra provoca dolore localizzato a livello lombare eventualmente irradiato all'arto inferiore lungo il decorso del nervo sciatico. È intuitivo che la positività del test è facilmente riproducibile dal paziente riducendo la portata oggettivante del segno.

Un nuovo quesito medico-legale

Fatte tali considerazioni, la messa al bando della sintomatologia soggettiva nel riconoscimento delle piccole invalidità come mezzo per ridurre le frodi assicurative secondarie a false rappresentazioni della realtà appare un intervento errato, non solo di contenuto ma anche di metodo.

Sul contenuto ci siamo già soffermati. Sul metodo basta pensare che la norma per risolvere il particolare caso del colpo di frusta ha (almeno potenzialmente) finito per incidere sull'intero sistema ristorativo del danno biologico.

Essa ha introdotto surrettiziamente modalità di accertamento distinte del danno a seconda dell'entità dello stesso ovvero a seconda della classificazione in menomazione di lieve e di non lieve entità.

Ma il danno biologico riconosce una sola identità che rimane identica nella sua essenza di là della entità del danno. La distinzione tra piccole e grandi invalidità permanenti non è ontologica, ossia non trova fondamento biologico ma solo una utilità risarcitoria.

Ciò detto non possiamo concordare con l'opinione secondo cui le nuove norme avrebbero solo «natura psicologica e contenuto declamatorio esortativo» richiamando gli operatori ad un maggiore rigore valutativo del danno alla salute «senza facilonerie e presappochismi» (12). Ma anche ammettendo che tali norme nulla avrebbero introdotto di nuovo rispetto al passato e niente avrebbero tolto, resta fuori di dubbio che i due emendamenti hanno modificato, almeno secondo la nostra interpretazione, la tecnica valutativa, operando una distorsione del metodo

Note:

(11) A. Gentilomo, *Il colpo di frusta è morto (forse)*, in *Medicina e diritto*, 2012; 2: 27-39.

(12) M. Rossetti, *Le nuove regole sull'accertamento del danno da lesione di lieve entità: profili giuridici*, in *Assinews* 233, 17 luglio 2012 (www.dirittoassicurativo.it).

medico-legale [come uno di noi ha già avuto modo di sottolineare (13)].

Delle indicazioni normative, l'Osservatorio sulla giustizia civile del Tribunale di Milano ha ritenuto dare espresso richiamo nel quesito medico-legale (14).

Nel tentativo di uniformare la prassi giudiziaria alla luce della novità legislativa, è stato elaborato un quesito unificato dove è prevista una triplice modalità per il riscontro medico-legale del danno (15).

L'accertamento può compiersi: 1) visivamente; e/o 2) strumentalmente e/o 3) a mezzo del richiamo a evidenze scientifiche.

La prova [rigorosa] della lesione del bene salute - e dei pregiudizi non patrimoniali che ne conseguono - può dunque essere fornita attraverso evidenze oggettive, evidenze laboratoristiche-strumentali, ma anche attraverso "evidenze scientifiche". L'introduzione di quest'ultimo criterio, derivato dalla "interpretazione costituzionalmente orientata" della norma, rappresenta una importante novità, che i componenti dell'Osservatorio auspicano possa essere generalmente adottata dalle Corti territoriali.

In effetti, il quesito medico-legale così formulato può offrire l'opportunità di ristabilire l'ortodossia dottrinale nella metodologia di valutazione del danno alla persona.

La prevista terza modalità di accertamento che richiama l'evidenza scientifica permette di ricorrere a risultanze che possono desumersi da inferenze basate su metodologie accettate dalla comunità scientifica.

Rientrano in questo riferimento i test psico-diagnostici, i questionari, etc fondati su riscontri soggettivi ma vagliati criticamente dall'esperto, la cui interpretazione avviene secondo parametri di riferimento permettendo l'inquadramento diagnostico. E, a nostro avviso, vi dovrebbe rientrare anche la critica interpretazione della storia clinica del lesso (si pensi, ad esempio, ad un paziente seguito con regolarità da un qualificato centro di terapia antalgica, con diagnosi clinica consolidata, seppur basata sulla sola soggettività).

Per valutare la reale portata applicativa del quesito così formulato dobbiamo sicuramente attendere. Perché solo il futuro ci dirà attraverso una revisione giurisprudenziale, come sarà valutato il microdanno ed in particolare come il ricorso alla evidenza scientifica, forse generico nella sua formulazione, verrà utilizzato.

Note:

(13) R. Domenici, *Distorsione del rachide cervicale o distorsione del metodo medico-legale?*, Pubblicato sul sito www.liderlab.sssup.it.

(14) D. Spera, *Art. 32, commi 3 ter e 3 quater, della l. 27/2012: problematiche interpretative*, in questa *Rivista*, 2013, 216.

(15) D. Spera (a cura di), *Tabella milanesi 2013 e danno non patrimoniale*, Milano, 2013. È disponibile anche il modello di quesito medico-legale elaborato dalla Società medico-legale del Triveneto in coordinamento con i giudici di pace del Veneto, in cui vi è un esplicito richiamo al comma 3-ter ovvero all'accertamento clinico strumentale obiettivo.

LIBRI

Codice dei contratti pubblici

a cura di Luca R. Perfetti



L'opera fornisce il **commento** approfondito, **articolo per articolo del Codice dei contratti pubblici** relativi a lavori, servizi e forniture, **alla luce anche del Regolamento di esecuzione ed attuazione** del codice degli appalti.

La materia degli appalti pubblici continua ad essere interessata da importanti novità sia legislative che giurisprudenziali. In particolare numerose modifiche sono state apportate dalle "Manovre Monti" (L. 214/2011, L. 27/2012, L. 35/2012) e dagli ultimi provvedimenti intervenuti: il d.l. n. 83/2012 (c.d. decreto Crescita); il d.l. n. 95/2012 (c.d. spending review);

il d.l. n. 179/2012 (c.d. Crescita-bis); la legge anticorruzione n. 190/2012 e da ultimo il decreto antimafia.

Ipsoa 2013, pagg. 2720, € 140,00
Codice: 129707
ISBN: 978-88-217-4105-0

Per informazioni e acquisti

- Servizio Informazioni Commerciali (tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- Agente Ipsoa di zona (www.ipsoa.it/agenzie)
- On line: www.shopwkl.it