

## Dottrina e Dottrine

*Danno e Responsabilit* ♦, 2 / 2013, p. 216

### **Danno alla persona (di lieve entit** ♦)

#### **ART. 32, COMMI 3 TER E 3 QUATER, DELLA L. 27/2012: PROBLEMATICHE INTERPRETATIVE**

Spera Damiano

*I commi 3 ter e 3 quater della l. n. 27/2012 sono di complessa interpretazione e daranno certamente luogo a forti contrasti in dottrina e giurisprudenza su innumerevoli e rilevanti questioni.*

*La ratio della novella ♦ certamente quella di diminuire i costi dei risarcimenti conseguenti a truffe assicurative e di porre un argine ai risarcimenti, in crescita esponenziale, dei danni da "colpo di frusta", allorch ♦ gli stessi non siano radiograficamente accertati, ma "desunti" esclusivamente dalla sintomatologia soggettiva della vittima.*

♦ molto controversa l'interpretazione della norma gi ♦ nel suo tenore letterale e nell'applicazione al danno biologico temporaneo e permanente.

*Sono stati sollevati dubbi di legittimit ♦ costituzionale della novella in relazione agli artt. 2, 3 e 32, Cost., non tollerando la lesione del diritto alla salute limitazioni o "franchigie" per la diversa tipologia di illecito (nella specie per sinistri stradali, ma ora, per effetto dell'art. 3 della l. n. 189/2012, anche per malpractice medica). Per altro verso, viene qui prospettata un'interpretazione costituzionalmente orientata della novella fondata sull'onere della prova della lesione del bene salute ed, in particolare, sulle presunzioni semplici.*

*Altra rilevante questione ♦ se la norma si applichi anche ai fatti verificatisi prima della sua entrata in vigore (24 marzo 2012) ed anche nei giudizi in corso ed in tutte le ipotesi di accertamento del danno alla persona. La novella, infine, non riguarda solo il CTU, ma investe in primo luogo il giudice, che potrebbe anche modificare il quesito medico legale.*

### **Riferimenti**

Decreto legislativo 7 settembre 2005 n. 209 Art. 139

Sommario: Qual ♦ la ratio della novella? - Vi sono differenze sull'accertamento del danno biologico temporaneo e permanente? - L'avverbio "visivamente" - L'avverbio "strumentalmente" - Conclusione: identit ♦ di applicazione per la lesione temporanea e permanente del bene salute - Causalit ♦ materiale, causalit ♦ giuridica e "franchigia" incostituzionale - ♦ possibile un'interpretazione costituzionalmente orientata della novella? - Critiche della Medicina legale all'accertamento "visivo o strumentale" - ♦ ammissibile l'accertamento della lesione del bene salute con altre modalit ♦? - La novella ♦ conforme alla Costituzione? - La novella si applica anche ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore ed ai processi in corso? - La novella pu ♦

trovare applicazione anche per altri fatti illeciti? - Dovr❖ essere modificato il quesito medico-legale? - Le sentenze di merito gi❖ emesse - Sentenza emessa dal Giudice di pace di Mascalucia (CT) in data 28 maggio 2012 - Sentenza n. 376/12, emessa dal Giudice di pace di Desio in data 28 maggio 2012 - Sentenza n. 859/12, emessa dal Tribunale di Taranto in data 30 aprile 2012 - Conclusione

Con l. 24 marzo 2012, n. 27 (pubblicata sul supplemento ordinario n. 53 alla G.U. del 24 marzo 2012, n. 71) ❖ stato definitivamente convertito in legge il d.l. n. 1 del 24 gennaio 2012, cd. "sulle liberalizzazioni".

Tra le novit❖ del provvedimento qui interessa evidenziare quelle apportate esclusivamente all'art. 139 del Codice delle Assicurazioni private, di grande interesse per i giudici di pace, attesa la competenza per materia e per valore che l'art. 7 c.p.c. attribuisce al giudice onorario per la liquidazione dei danni derivanti dalla circolazione di veicoli e natanti entro il limite di valore di Euro 20.000,00.

Ebbene, l'art. 32, comma 3<sup>ter</sup> della legge citata modifica direttamente il testo dell'art. 139: "Al comma 2 dell'articolo 139 del codice delle assicurazioni private di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, ❖ aggiunto, in fine, il seguente periodo: In ogni caso, le lesioni di lieve entit❖, che non siano suscettibili di accertamento clinico strumentale obiettivo, non potranno dar luogo a risarcimento per danno biologico permanente".

L'art. 32, comma 3<sup>quater</sup> della stessa legge, invece, cos❖ dispone:

"Il danno alla persona per lesioni di lieve entit❖ di cui all'articolo 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, ❖ risarcito solo a seguito di riscontro medico legale da cui risulti visivamente o strumentalmente accertata l'esistenza della lesione".

La novella, farraginoso e maldestro, non ❖ di facile interpretazione soprattutto perch❖ manca qualsiasi raccordo tra i due citati commi.

Al fine di individuare il contenuto esatto delle novit❖ effettivamente apportate dalla novella si deve dare una risposta alle domande che seguono, con l'avvertenza che il giudice, nell'applicare la legge, non "pu❖ ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e della intenzione del legislatore" (art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale).

### Qual ❖ la ratio della novella?

Ebbene l'unica certezza interpretativa della novella ❖ proprio la sua *ratio*.

Nella relazione illustrativa alla novella in esame si afferma: "La modifica proposta ❖ volta ad introdurre, per le lesioni di lieve entit❖, la previsione di assenza di risarcimento da danno biologico permanente in caso di effetti lesivi "soggettivi" (cio❖, solo riferiti dal paziente e non obiettivamente constatabili). L'introduzione della norma, coerentemente con quanto avviene negli altri Paesi europei, eviterebbe in pratica l'abnorme speculazione sul cosiddetto "colpo di frusta". La natura speculativa di buona parte delle richieste di risarcimento per danni alla persona di modesta entit❖ ❖ infatti suffragata

dalla differente diffusione del fenomeno nelle diverse aree territoriali italiane. In alcune realtà territoriali, in particolare nel Sud Italia, la percentuale dei sinistri con lesioni, fa infatti registrare punte anche superiori al 40%".

Per il Giudice di pace di Torino l'avv. Alberto Polotti di Zumaglia <sup>[1]</sup> "la *ratio legis* di porre un freno a prassi risarcitorie senza lesioni effettive, sarebbe smentita dal rilievo che la Medicina legale ha sempre provveduto ad una verifica, con i mezzi consentiti dalla scienza medica, delle affermazioni del soggetto danneggiato tendenti ad evidenziare una menomazione, nel rispetto della Tabella delle menomazioni ex D.M. 3 luglio 2003 (...) Non si dimentichi che suscettibile di accertamento medico legale significa, di fatto, che il danno biologico per poter essere risarcito deve essere oggettivamente sussistente e la sua esistenza deve potersi rilevare non sulla base di intuizioni o suggestioni, ma, ovviamente, sulla base di una corretta criteriologia medico legale. Ed allora anche prima del d.l. n. 1/2012 il danno biologico era risarcibile solo a condizione che fosse riscontrabile una oggettività medico legale, posto che per la medicina legale non è certo concepibile l'esistenza di danni presunti od ipotetici, tanto vero che consulenze mediche, sia di parte che d'ufficio, che in passato hanno concluso riconoscendo una percentuale dello 0% se ne sono viste in svariate occasioni".

Io credo che, nel solco della relazione illustrativa della riforma, si debba evidenziare che il danno da micropermanente negli incidenti stradali non è conseguenza diretta delle condizioni di traffico, dello stato di manutenzione delle strade e dei veicoli, dell'imperizia nella guida, ma è ormai diventato un "fenomeno sociale", correlato a mancanza di adeguata diligenza nella redazione delle consulenze medico legali ed alle speculazioni truffaldine, poste in essere in determinati ambiti territoriali, sociali e professionali.

Dunque la *ratio* della novella è certamente quella di diminuire i costi dei risarcimenti conseguenti a truffe assicurative ovvero a negligenze colpose nell'accertamento medico legale delle micropermanenti e per diminuire correlativamente i costi dei premi assicurativi.

In particolare, la volontà del legislatore è di porre un argine ai risarcimenti, in crescita esponenziale, dei danni da "colpo di frusta", allorché gli stessi non siano stati strumentalmente accertati, ma "presunti" esclusivamente dalla sintomatologia soggettiva della vittima.

### **Vi sono differenze sull'accertamento del danno biologico temporaneo e permanente?**

In primo luogo c'è da chiedersi perché il legislatore solo con il comma 3ter abbia modificato anche il testo dell'art. 139.

Si potrebbe porre l'attenzione sull'*incipit* del comma 3quater "Il danno alla persona per lesioni di lieve entità di cui all'articolo 139", per sostenere che trattasi di una sorta di interpretazione autentica dell'art. 139, come norma tesa a disciplinare non solo il danno biologico - nell'accezione e nel contenuto "storico" dell'art. 139 -, ma l'intero danno non patrimoniale (anche da sofferenza fisica e psichica) conseguente alla lesione del bene salute, nella rilettura che ne è stata data dalle sentenze di San Martino 2008 della Cassazione Sez. Unite. Non sarebbe dunque più possibile liquidare a parte il

danno da sofferenza.

Non credo che il legislatore abbia fatto questa "sottile" valutazione.

Più semplicemente credo che la contemporanea presenza dei commi in esame, solo parzialmente diversi ed anzi facilmente sovrapponibili tra loro, si spieghi più agevolmente come mero errore di tecnica normativa (non giustificato per l'inserimento delle norme in un provvedimento legislativo molto complesso), che non ha saputo armonizzare i numerosi emendamenti presentati.

Ed allora con il sintagma "*danno alla persona*", il legislatore ha semplicemente inteso fare riferimento a tutte le ipotesi di "danno biologico alla persona" previste dall'art. 139.

Nel merito, va osservato che la novella non ha modificato la nozione di danno biologico, atteso che il comma 2 dell'art. 139 (uguale nel suo tenore letterale al comma 2 - a) dell'art. 138) è rimasto invariato: "2. Agli effetti di cui al comma 1 per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito".

Inoltre non credo sussista differenza tra il "suscettibile accertamento" di cui al comma 3<sup>ter</sup> ed il "riscontro" di cui al comma 3<sup>quater</sup>. Il legislatore ha confermato che la lesione deve essere "suscettibile" *id est* "possibile oggetto" di accertamento medico legale e ne ha specificato le modalità tecniche.

Il citato comma 3<sup>ter</sup> ha per oggetto (diretto) solo il danno biologico permanente e il comma 3<sup>quater</sup> ha ad oggetto l'intero ambito di applicazione dell'art. 139 e, quindi, anche il danno biologico temporaneo.

Ed infatti, l'ISVAP [2] ha sostenuto:

"La prima disposizione, che integra il comma 2 dell'art. 139 del Codice delle Assicurazioni, riferendosi espressamente al danno biologico permanente e, nulla dicendo sul danno biologico temporaneo, consente, pur in assenza di accertamento clinico strumentale obiettivo, il risarcimento di quest'ultimo.

La seconda con valenza più generale, non espressamente riferita ad alcuna tipologia di danno biologico (temporaneo o permanente) e consente di accertare la lesione sia visivamente che strumentalmente.

La lettura combinata e sistematica delle due disposizioni porta a ritenere che soltanto il danno biologico permanente - cioè i postumi invalidanti conseguenti alla lesione - per poter dar luogo a risarcimento debba essere stato valutato dal medico legale attraverso un accertamento clinico strumentale obiettivo. Il danno biologico temporaneo, cioè i giorni di inabilità temporanea assoluta o relativa conseguenti all'evento lesivo, potrà invece essere accertato dal medico legale sia visivamente che strumentalmente.

Tale conclusione è avvalorata dal fatto che un evento lesivo può dar luogo a un danno biologico temporaneo, ma non necessariamente a un danno biologico permanente".

Entrambe le norme, tuttavia, riaffermano il principio che - in relazione al

danno biologico temporaneo e permanente - non vi sono differenze circa la necessit  dell'accertamento da parte del medico legale.

Infatti, come si   detto, la lesione del bene salute deve essere suscettibile di accertamento medico legale, come prescritto dal (non modificato) comma 2 dell'art. 139, altrimenti si   fuori dall'ambito di applicazione della norma nel suo complesso; per la medicina legale non   concepibile l'esistenza di danni presunti, figurativi od ipotetici.

Imprescindibile rimane dunque il ruolo del medico legale, vertendosi sulle modalit  tecniche di accertamento della lesione del bene salute.

### L'avverbio "visivamente"

Solo il comma 3<sup>quater</sup> della novella richiede la modalit  "visiva" di accertamento della lesione, quale presupposto idoneo per il risarcimento del danno. Quindi certamente si applica alla lesione temporanea del bene salute; il medico legale (anche attraverso la documentazione clinica) pu  attestare un'evidenza clinica "visivamente" accertata: la vittima ha una visibile ecchimosi o escoriazione al ginocchio, ecc.

Per l'ANIA <sup>[3]</sup> per visivamente si intende "un'osservazione obiettiva senza necessit  di conferma strumentale, da cui risulti l'esistenza di una lesione, come   possibile nel caso, ad esempio, delle escoriazioni, delle ferite, delle contusioni, degli ematomi, delle amputazioni".

Per la societ  Medico legale del Triveneto il termine "visivamente" va interpretato sostanzialmente, nella fattispecie, come "accertamento a seguito di visita medica. Per visita medica si intende di norma l'ispezione, l'esame e controllo dello stato di un soggetto, utilizzando tutti i criteri stabiliti dalla semeiotica clinica: la visita medica prevede dunque non solo l'ispezione, che riguarda la vista, ma anche la palpazione, la percussione, l'auscultazione ed ogni altro esame compatibile con gli accertamenti semeiotici. L'interpretazione letterale del termine "visivamente" rapportato esclusivamente all'apprezzamento visivo da parte del medico legale, porterebbe quindi ad escludere le lesioni che non sono apprezzabili con altre modalit  compatibili con qualsiasi visita medica. Per fare un esempio non   "visivamente accertabile" una lussazione di spalla autoridotta, e non lo   neanche strumentalmente".

Ma a mio avviso il medico legale potr  dare ugualmente atto del danno estetico cagionato da una "visibile" cicatrice permanente, senza la necessit  di costosi ulteriori accertamenti diagnostici. Sarebbe irrazionale e incostituzionale una diversa interpretazione, basata esclusivamente sul dato letterale del comma 3<sup>ter</sup> in esame. Del resto la possibilit  dell'accertamento "visivo"   contemplata espressamente per l'intero campo di applicazione dell'art. 139.

### L'avverbio "strumentalmente"

Per l'ANIA sono strumentali quelle "indagini (radiografia, ecografia, esame elettromiografico, etc.) che documentano oggettivamente l'esistenza della

lesione"; ne deriva che non è possibile "configurare una lesione in presenza di riferiti disturbi soggettivi"; infine, in assenza dei presupposti di accertamento richiesti, non sarebbero neppure risarcibili il danno da inabilità temporanea e le spese mediche di cura.

Il Consiglio della Società Medico Legale del Triveneto ha ritenuto che il legislatore con la novella in esame ha voluto "comunque porre definitivamente a carico del medico legale esperto e competente il compito di esaminare con serietà e precisione tutti gli elementi di prova prima di definire il danno biologico permanente. In tal senso si deve ragionevolmente ritenere, che il riscontro "strumentale" rappresenti inevitabilmente elemento "sussidiario" rispetto a quello clinico, onde evitare l'impossibilità di risarcire gran parte di lesioni di lieve entità "reali", ma strumentalmente indimostrabili".

Io non credo che vi possa essere differenza tra "accertamento clinico strumentale obiettivo" del bene salute, posto come condizione di risarcibilità del danno permanente dal comma 2 del novellato art. 139 e il "riscontro medico legale da cui risulti... strumentalmente accertata l'esistenza della lesione", posto come (possibile) condizione del risarcimento del danno per l'intero ambito di applicazione dell'art. 139 (comma 3<sup>quater</sup>).

### **Conclusione: identità di applicazione per la lesione temporanea e permanente del bene salute**

In definitiva credo che i commi 3<sup>ter</sup> e 3<sup>quater</sup>, nonostante il diverso tenore letterale, debbano essere interpretati ugualmente ai fini del risarcimento del danno temporaneo e permanente del bene salute.

A questa conclusione perviene anche Marco Rossetti <sup>[4]</sup>: "Il combinato disposto delle due previsioni porta dunque a concludere che il legislatore abbia voluto ancorare la liquidazione del danno biologico sia temporaneo, sia permanente, in presenza di postumi micropermanenti o senza postumi, ad un rigoroso riscontro obiettivo. Non mi sembra, invece, che possano trarsi conseguenze giuridicamente rilevanti dalla diversa espressione adottata nelle due norme per indicare l'obiettività del riscontro medico legale. L'"accertamento clinico strumentale obiettivo" di cui al comma 3<sup>ter</sup>, infatti, non può essere nulla di diverso dal "riscontro medico legale da cui risulti visivamente o strumentalmente accertata l'esistenza della lesione", per due ragioni. La prima ragione è di ordine testuale ed è rappresentata dal fatto che nelle due norme il legislatore ha usato dei sinonimi o delle perifrasi per indicare il medesimo concetto (...) La seconda ragione è di ordine sistematico. Il d.l. 1/12 è stato adottato al dichiarato scopo di rilanciare l'economia, favorire la concorrenza, incentivare sia i consumi che il risparmio (...) la finalità delle nuove norme va conseguentemente ravvisata nell'intento di contrastare non solo il fenomeno delle truffe assicurative, ma anche la semplice negligenza colposa nell'accertamento dei microdanni: anche il contrasto a quest'ultima, infatti, è necessario per contenere i costi dei risarcimenti per lesioni minime e consentire risparmi di gestione che dovrebbero tradursi in una riduzione dei premi assicurativi, o comunque in altri benefici per gli assicurati. Deve, quindi, concludersi che secondo l'interpretazione preferibile il comma 3<sup>ter</sup> disciplina il danno che abbia



prodotto postumi permanenti, mentre il comma 3 *quater* ♦ applicabile a qualsiasi pregiudizio alla persona, anche temporaneo, l'uno e l'altro, tuttavia, subordinano la risarcibilit♦ del danno a presupposti identici".

Giovanni Cannav♦ e Luigi Mastroberto [5] sostengono che l'interpretazione congiunta delle due norme comporta che la lesione "deve essere documentata da elementi che, a giudizio medico legale, possano essere considerati oggettivi con criterio della evidenza scientifica, dando quindi alla parola "visivamente" un significato un po' pi♦ ampio, quello cio♦ di evidenza concreta, supportata da riscontri reali relativi a tutti i dati di rilievo medico-legale".

La novella impone che le micropermanenti siano valutate dal C.T.U. (medico legale) e poi dal giudice con maggiore rigore e criteri scientifici obiettivamente comprovati, senza fondare l'accertamento esclusivamente sulle dichiarazioni della vittima.

A mio giudizio i due avverbi "visivamente o strumentalmente", di sicura applicazione al danno biologico temporaneo e permanente, possono esaurire la novit♦ legislativa.

Una parte della Medicina legale ha invece ritenuto che, oltre alla strumentalit♦ (comune alle due norme), sarebbe prevalente "l'accertamento clinico obiettivo", perch♦ "contiene" anche l'accertamento "visivamente" effettuato ai sensi del comma 3-*quater*.

♦ possibile replicare che l'accertamento clinico obiettivo rientra gi♦ nell'attivit♦ tipica del medico legale, che deve verificare la sussistenza del danno biologico temporaneo e permanente, nozioni medico legali e giuridiche non modificate dalla novella. Sicch♦ appare giustificata la conclusione che il *novum* sia dato esclusivamente dai due citati avverbi del comma 3*quater*, senza necessit♦ di far ricorso anche ai tre aggettivi del comma 3*ter*.

Infine, ♦ di tutta evidenza che, sebbene le norme disciplinino solamente il danno biologico, l'applicazione di esse riverbera i suoi effetti anche sulla liquidazione dei danni patrimoniali consequenziali: le spese mediche e di cura, la riduzione della capacit♦ di produzione del reddito, ecc. Laddove, infatti, "debba escludersi l'esistenza di un danno biologico per l'impossibilit♦ di un accertamento medico legale obiettivo, ne discender♦ necessariamente l'irrisarcibilit♦ dei danni consequenziali, per difetto di nesso causale" [6].

Cannav♦-Mastroberto [7] aggiungono che in alcune aree geografiche sono state spese centinaia o migliaia di euro a fronte di modestissime lesioni che peraltro "avevano il pregio" di non giungere mai a guarigione.

### **Causalit♦ materiale, causalit♦ giuridica e "franchigia" incostituzionale**

Chiariti i contenuti ed il rapporto tra aggettivi ed avverbi della novella, nel merito, ritengo che il legislatore, ancora una volta, abbia confuso i concetti di lesione del diritto e di danno consequenziale.

Sul piano della lesione del diritto si pone il nesso di causalit♦ materiale che lega la condotta illecita al danno ingiusto ex art. 2043 c.c.

In particolare il giudice (non il medico legale) deve accertare quale sia l'evento dannoso e stabilire se il danno sia qualificabile come "danno ingiusto", in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento, tutelato nelle forme del diritto soggettivo (indifferentemente diritto soggettivo assoluto o relativo) ovvero nelle forme dell'interesse legittimo o di altro interesse elevato ad oggetto di immediata tutela, ma comunque giuridicamente rilevante (in quanto preso in considerazione dall'ordinamento a fini diversi da quelli risarcitori, e quindi non riconducibile a mero interesse di fatto, come statuito dalla sentenza Cass. n. 500/1999).

Il danno ingiusto consiste, *in subjecta materia*, nella lesione temporanea e/o permanente del diritto alla salute.

Il danno consequenziale ◆ il danno risarcibile che, in applicazione del principio di causalit◆ giuridica, ◆ conseguenza immediata e diretta ex art. 1223 c.c. del fatto illecito.

Nella definizione legislativa di danno biologico di cui agli artt. 138 e 139 codice delle Assicurazioni si afferma che "per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrit◆ psico-fisica della persona". La norma, nel suo tenore letterale, ◆ errata, atteso che il danno biologico risarcibile ◆ costituito dalle conseguenze della lesione del bene salute.

Parimenti, nella novella in esame, espressamente il secondo comma novellato dell'art. 139 prevede ora la possibile sussistenza di "lesioni di lieve entit◆, che non siano suscettibili di accertamento clinico strumentale obiettivo" stabilendo che le stesse "non potranno dar luogo a risarcimento per danno biologico permanente". Dal tenore letterale della norma, sembrerebbe, quindi, che vi sia un'area di "franchigia" e cio◆ l'accertamento di lesione del bene salute, dal quale non consegua alcun risarcimento (o, se si preferisce indennizzo) secondo la tabella normativa. Parimenti il comma 3<sup>quater</sup> sembra prevedere la lesione del bene salute, da cui scaturisca il risarcimento del danno alla persona alla sola condizione che la lesione sia stata accertata "visivamente o strumentalmente".

In entrambe le ipotesi sembra che non sussista danno ingiusto e quindi risarcibile (ex art. 2043 c.c.) se la menomazione non sia suscettibile di "accertamento clinico" con le modalit◆ indicate dal legislatore.

Questa interpretazione sarebbe sicuramente incostituzionale perch◆ determina un'area di franchigia nel risarcimento del danno alla salute, "diritto fondamentale" riconosciuto dall'art. 32 Cost. senza alcuna limitazione [8].

Il contrasto, a mio giudizio, non sarebbe sanato neppure seguendo la tesi dell'inesistenza di un diritto costituzionale all'integrale riparazione del danno alla persona [9].

Inoltre non avrebbe giustificazione razionale condizionare il risarcimento alle modalit◆ tecniche di accertamento della lesione: se la lesione ◆ stata accertata dal medico legale, come ancora dispone l'art. 139, n. 2, primo alinea, perch◆ prevedere ipotesi di accertamenti della lesione di "serie b" e ritenerli inidonei presupposti per il risarcimento del danno?

Si potrebbe infine argomentare che il legislatore abbia (implicitamente) precisato, con la menzionata franchigia, il filtro della gravit◆ dell'offesa, che



(congiuntamente a quello della serietà del danno) era stato già correttamente individuato dalle sentenze di San Martino 2008 <sup>[10]</sup>.

tuttavia agevole replicare che l'art. 139 in esame non disciplina affatto offese minimali al bene protetto; le fattispecie concrete non consistono affatto "nel graffio superficiale dell'epidermide", ma possono consistere in gravi sfregi estetici, in menomazioni anche gravi agli arti, ai legamenti (ecc.), fino al 9% della menomazione dell'integrità psicofisica del soggetto.

### possibile un'interpretazione costituzionalmente orientata della novella?

Ebbene credo che il legislatore, ossessionato (non senza ragioni) dalla crescita esponenziale dei risarcimenti, sembra limitare questi ultimi, per quegli errori di tecnica legislativa cui ho fatto cenno; in realtà, invece, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, la novella prende esclusivamente posizione sulle modalità di accertamento della lesione del bene salute.

Il medico legale dovrà accertare l'esistenza della lesione con le modalità prescritte nei tre aggettivi (comma 3<sup>ter</sup>) o con i due avverbi (comma 3<sup>quater</sup>). Solo in presenza di queste modalità di accertamento della lesione temporanea o permanente del bene salute il giudice dovrà liquidare l'integrale danno alla persona subito dalla vittima.

Allora il problema non è la valutazione di costituzionalità di una "franchigia" legislativa del risarcimento del danno da lesione di un valore costituzionale, ma (più semplicemente) di una modalità di accertamento della lesione.

Nello schema dell'illecito civile incombe sempre sul danneggiato (tra l'altro) la prova della lesione del bene protetto, in nesso di causalità materiale con la condotta illecita.

Di regola la lesione del bene salute è "obiettivamente" accertata dal medico legale: amputazione di una falangetta, sfregio estetico, lacerazione del legamento, ematoma, ecc. Queste lesioni sono di tutta evidenza sia nella realtà fenomenica che nel processo, perché "visivamente o strumentalmente" accertate, e al giudice si pone solo il problema di quantificare il danno risarcibile, in nesso di causalità giuridica con la lesione del bene protetto. Anche le altre ipotesi di danno alla persona come il danno da perdita o grave lesione del rapporto parentale hanno per presupposto la grave lesione della salute ovvero la morte del prossimo congiunto; in presenza di questi eventi, di assoluta evidenza e certezza processuale, il giudice valuta il danno-conseguenza risarcibile.

*Quid iuris*, invece, quando l'avvocato chiede nel processo il risarcimento del danno biologico conseguente a "trauma minore del collo con persistente rachialgia e limitazione antalgica dei movimenti del capo" (stimato con la percentuale del 2% di danno biologico nella "Tabella delle menomazioni" di cui al Decreto 3 luglio 2003) ex art. 139 in esame? E in tutti gli altri casi in cui il danno da lesione del bene salute non sia "visivamente o strumentalmente" accertato?

A ben vedere, in questi casi, il C.T.U. medico legale si avvale prevalentemente

delle informazioni rese dalla stessa vittima sui pregiudizi lamentati (vertigini, sofferenze psico-fisiche, nausea, vomito, ecc.) e cio', semplificando, della cd. "sintomatologia soggettiva". Il C.T.U. medico legale, sulla base di quest'ultima e previo "accertamento clinico" e cio' (prevalentemente) visita della vittima, "desume" l'esistenza della lesione del bene salute (nell'esempio fatto: trauma minore del collo); valuta poi la compatibilit' causale tra detta lesione e le modalit' del fatto illecito.

In definitiva, in questi casi, l'accertamento della lesione del bene salute e avvenuto finora mediante presunzioni.

Ai sensi dell'art. 2727 c.c., infatti, "Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato". L'art. 2729 c.c. dispone che le presunzioni semplici "sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti".

Ebbene, il C.T.U. (prima) ed il giudice (dopo) traggono da fatti (asseritamente) noti (le conseguenze della sintomatologia soggettiva) e l'accertamento clinico la sussistenza del fatto ignoto e cio' la lesione del bene salute.

In primo luogo c'era da chiedersi (ancor prima dell'intervento normativo in esame) se sussistessero effettivamente circostanze "gravi, precise e concordanti".

Basta leggere alcune perizie redatte dai C.T.P. e dai C.T.U. in tema di micropermanenti per dimostrare che la stessa fattispecie concreta poteva essere stimata (ad esempio) nella percentuale di 2-4% di danno biologico permanente dal consulente medico legale della vittima, nella percentuale dell'1-2% dal consulente medico legale nominato dal giudice e, addirittura dello 0% dal consulente medico legale della compagnia assicuratrice... Tutte perizie asseverate da stimati professionisti, all'esito di "accertamento clinico obiettivo"!

La asserita scientificit' del metodo valutativo avrebbe dovuto comportare la medesima conclusione, senza poter escludere l'ipotesi che il perito di parte della vittima concludesse per l'inesistenza del danno e quello della compagnia assicuratrice insistesse per il riconoscimento di un minimale danno biologico permanente... in circa 30 anni di magistratura, nelle migliaia di processi da me istruiti, questa ipotesi non si e mai verificata!

Ed allora il legislatore, con la novella in esame, o ha inteso escludere del tutto la prova presuntiva, dovendosi la lesione della salute provare "visivamente o strumentalmente", non essendo pi' ammissibile desumere tale prova dalla sintomatologia soggettiva della vittima; oppure (pi' probabilmente) ha sancito che la presunzione e grave e precisa allorch' sia stata, con le descritte modalit', "visivamente o strumentalmente" accertata la lesione del diritto alla salute.

Secondo alcuni si potrebbe addirittura sostenere che la novit' della novella "e nulla"; la sussistenza del danno biologico "deve potersi predicare non sulla base di intuizioni o suggestioni, ma sulla base di una corretta criteriologia medico legale... L'unico effetto che le nuove norme possono dunque produrre non ha natura giuridica e contenuto precettivo, ma ha natura "psicologica" e

contenuto "declamatorio-esortativo", perch  mirano a "richiamare l'attenzione dei pratici sulla necessit  che il danno alla salute sia accertato in modo rigoroso e zelante, senza facilonerie e pressappochismi" [11].

### **Critiche della Medicina legale all'accertamento "visivo o strumentale"**

Le associazioni medico legali italiane, riunitesi a Roma il 21 giugno 2012 hanno evidenziato che la formulazione equivoca del testo normativo sar  produttiva di iniquit  addirittura maggiori di quelle alle quali si   inteso porre rimedio. In quel convegno si   affermato che il medico legale deve accertare la lesione biologica senza vincoli normativi nello spirito della migliore metodologia operativa, nel pieno rispetto di un'indagine semeiologica tenendo conto della valutazione critica delle specificit  del caso concreto. Inoltre per i medici legali esistono quadri sintomatologici secondari a traumi minori (ad es. traumi contusivi-distorsivi) per i quali la medicina legale pu  ritenere superflua l'indagine strumentale per ottenere un preciso inquadramento diagnostico e valutativo e "si sottolinea che i disturbi psico-reattivi sfuggono per definizione ad un accertamento di natura strumentale".

In particolare, la Medicina legale ha censurato la novella proprio sul suo contenuto essenziale: la necessit  dell'accertamento "visivo" o "strumentale" sarebbe talora addirittura contraria alla corretta modalit  dell'accertamento clinico obiettivo. Ci  si verificherebbe certamente: nelle ipotesi di menomazioni funzionali che vengano accertate con l'ausilio di altri sensi (ad esempio mediante il tatto o l'udito); nell'ipotesi di "rettilineizzazione del tratto cervicale della colonna vertebrale"; nell'ipotesi di trauma cranico fugacemente commotivo, che determina postumi permanenti non diagnosticabili strumentalmente ovvero se non attraverso costose ed invasive indagini; in molti danni biologici temporanei e permanenti cagionati da D.P.S.D. (disturbi post-traumatici da stress), ecc.

Credo che in questa tormentata materia non sia pi  possibile, per il medico legale ed il giudice, essere "l'uno contro l'altro armato", frapponendo barricate fondate su orgogliose rivendicazioni delle proprie professionalit ! Si deve, invece, tentare di dare un significato scientificamente corretto ad una norma che introduce nel processo le modalit  di accertamento medico legale della lesione.

Ebbene, la "rettilineizzazione del tratto cervicale della colonna vertebrale" non rientra tra i casi puramente soggettivi, essendo anch'essa, invece, un dato obiettivo, cio  visivamente o strumentalmente accertabile (ad es. con la risonanza magnetica, sia pure con costi notevoli e prova difficile sul nesso di causalit  con uno specifico fatto illecito).

Anche il trauma cranico fugacemente commotivo sar  "visivamente" accertato perch , ad esempio,   stato annotato dall'operatore sanitario nella cartella clinica di Pronto soccorso e dar  luogo sicuramente ad un accertamento del danno biologico temporaneo.

Tutti i danni psichici permanenti potranno essere accertati attraverso indagini strumentali: questionari, colloqui, test psicodiagnostici, tavole di Rorschach, ecc.

Anche la "lussazione della spalla autoridotta", sebbene (talora) non obiettivamente diagnosticabile, potrebbe essere stata "vista" da qualcuno e ritenuta dal medico legale in nesso di causalità compatibile con le modalità del sinistro.

Senza preconcetti, si potrebbe sostenere che le limitazioni funzionali debbano essere analiticamente vagliate, rigorosamente verificate (in visite non affrettate) e precisamente descritte dal C.T.U. nella relazione peritale. Ad esempio, le limitazioni degli arti o la perdita di equilibrio della vittima (in contraddittorio tra le parti) potrebbero essere obiettivamente verificate con esercizi tecnici e sperimentazioni (ad es. camminare ad occhi chiusi) in modo che "visivamente o strumentalmente" possa ritenersi accertata la lesione del bene salute.

Credo, infatti, che anche del concetto di accertamento "strumentale" debba darsi un'interpretazione non restrittiva ma estensiva e costituzionalmente orientata in relazione al diritto di difesa, ex art. 24 Costituzione. La legge non ha posto limiti ai mezzi di diagnosi e, quindi, tutti gli strumenti e le tecniche di accertamento della lesione sono consentiti, purché obiettivi e scientificamente corretti, secondo i principi dell'evidenza clinica.

Per Rossetti [12] anche il danno biologico non "visibile" o non suscettibile di accertamento "strumentale" sarà risarcibile, purché l'esistenza di esso possa affermarsi "sulla base di una ineccepibile e scientificamente inappuntabile criteriologia medico legale".

Anche Cannavò-Mastroroberto [13] sostengono che "vi è evidenza visiva o strumentale di un danno anatomico, in tutti quei casi in cui, anche in assenza di reperti visivi o strumentali, l'analisi medico-legale porta comunque a ritenere "evidente" il ricorrere di una patologia traumatica"; tale evidenza non sussiste quando le mere allegazioni di soggettività e/o le prime certificazioni redatte a distanza di tempo dal sinistro, al vaglio medico-legale risultano non compatibili con quel sinistro, attestando lesioni che la violenza dell'urto, per la sua irrisorietà, non può giustificare.

Si può concludere quindi che, in tutti i casi sopra menzionati, l'accertamento della lesione del bene salute e dei pregiudizi consequenziali non è presunto sulla base di mera sintomatologia soggettiva, ma è verificato obiettivamente in contraddittorio tra tutte le parti ed i loro consulenti, non lasciando spazio a facili narrazioni e/o simulazioni da parte della (falsa) vittima.

Non v'è dubbio che ci saranno fattispecie concrete in cui la lesione del bene salute, pur sussistendo *in rerum natura*, non sia tuttavia provata nei termini rigorosi descritti. Ma questa è la normale alea del giudizio, che, in ossequio al principio dell'onere della prova, ricostruisce una verità processuale, non sempre coincidente con quella fattuale. Anche in queste ipotesi, tuttavia, non si può affatto ritenere che vi sia una franchigia per danno non risarcibile, perché il giudice (semplicemente) rigetterà la domanda per mancanza di prova dei fatti costitutivi della *causa petendi* (ex art. 2697 c.c.) [14].

**◆ ammissibile l'accertamento della lesione del bene salute con altre modalità?**

Non credo che la novella determini una modalit  di prova esclusiva nell'accertamento della lesione del bene salute.

Giova in proposito richiamare le famose sentenze di San Martino <sup>[15]</sup>: "Per quanto concerne i mezzi di prova, per il danno biologico la vigente normativa (D.Lgs. n. 209 del 2005, artt. 138 e 139) richiede l'accertamento medico-legale. Si tratta del mezzo di indagine al quale correntemente si ricorre, ma la norma non lo eleva a strumento esclusivo e necessario. Cos  come   nei poteri del giudice disattendere, motivatamente, le opinioni del consulente tecnico, del pari il giudice potr  non disporre l'accertamento medico-legale, non solo nel caso in cui l'indagine diretta sulla persona non sia possibile (perch  deceduta o per altre cause), ma anche quando lo ritenga, motivatamente, superfluo, e porre a fondamento della sua decisione tutti gli altri elementi utili acquisiti al processo (documenti, testimonianze), avvalersi delle nozioni di comune esperienza e delle presunzioni".

La novella dunque, a mio avviso, si inserisce nel tessuto processuale e sono possibili, anche in questa materia, la confessione (ex artt. 2730 e ss. c.c.), l'applicazione del principio di non contestazione (art. 115 c.p.c.: che impone al giudice di porre a fondamento della decisione "i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita"), la produzione documentale (ad es. i rapporti, le certificazioni mediche ed ospedaliere), le prove testimoniali (soprattutto in relazione al danno biologico temporaneo), le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza (art. 115 cpv. c.p.c.), le presunzioni nei rigorosi termini di cui all'art. 2729 c.c., ecc.

Consegue all'interpretazione proposta che la novella non abbia abrogato (neppure implicitamente) alcuna disposizione della citata Tabella delle menomazioni di cui al D.M. 3 luglio 2003.

### **La novella   conforme alla Costituzione?**

Non credo che la novella si ponga in contrasto con gli artt. 2-3-24-32-111 della Costituzione.

In primo luogo non sussiste violazione dell'art. 32 Cost., che "tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettivit ".

Infatti la norma non ha modificato, come si   detto, la nozione di danno biologico n  ha modificato l'entit  monetaria dei risarcimenti.

La novella, al di l  dell'infelice tenore letterale, pone all'attenzione dell'interprete e del giudice l'onere della prova rigorosa della lesione del bene salute e dei pregiudizi non patrimoniali che ne costituiscono la conseguenza ed il vero oggetto del risarcimento.

Le norme in esame hanno, quindi, una valenza solo processuale e non sostanziale.

In questa prospettiva la novella riafferma (implicitamente) il principio del "diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi" (art. 24 Cost.);   altres  coerente con il principio che "Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parit " (art. 111 Cost.).

Al diritto di agire in giudizio si contrappone infatti il diritto di resistere in condizioni di parità e sarebbe certamente "sbilanciato" in favore dell'attore il processo che riconoscesse il diritto al risarcimento sulla (prevalente) base di "sintomatologia soggettiva", non altrimenti suffragata da altro "riscontro medico legale da cui risulti visivamente o strumentalmente accertata l'esistenza della lesione" (ex comma 3<sup>quater</sup>).

In relazione agli artt. 2 e 3 Cost. è opportuno richiamare le statuizioni della sentenza della Cassazione n. 12408/2011, che, nell'escludere l'applicazione analogica dell'art. 139, ha posto l'attenzione sulla collocazione della norma nel "Titolo X" del Codice delle Assicurazioni private e "sulla *ratio legis*, volta a dare una risposta settoriale al problema della liquidazione del danno biologico al fine del contenimento dei premi assicurativi, specie se si considera che, nel campo della r.c.a., i costi complessivamente affrontati dalle società di assicurazione per l'indennizzo delle cosiddette micropermanenti sono di gran lunga superiori a quelli sopportati per i risarcimenti da lesioni comportanti postumi più gravi".

La novella, quindi, si inserisce in un territorio "settoriale" in cui può (addirittura) essere legittimamente ridotta l'entità del risarcimento liquidato dal giudice e dove appaiono particolarmente rilevanti i "doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale", ex art. 2 Cost. (la Corte Costituzionale ancora non si è pronunciata nel merito delle questioni di legittimità costituzionale in proposito proposte da diversi giudici togati e onorari).

In definitiva, ritengo che, con pertinenti argomentazioni ed un'interpretazione costituzionalmente orientata, questa novella possa resistere alle censure di incostituzionalità che saranno certamente proposte nel prossimo futuro.

### **La novella si applica anche ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore ed ai processi in corso?**

Per l'ANIA <sup>[16]</sup> le norme in esame "sono entrate in vigore il 24 marzo 2012, si applicano a tutte le situazioni pendenti alla data in questione, a prescindere dal momento in cui si è verificato il fatto generatore dell'evento".

Ritengo che la risposta al quesito debba essere più articolata.

Per Rossetti <sup>[17]</sup> la novella ha natura sostanziale perché stabilendo che "il danno biologico è risarcibile solo al cospetto di un pregiudizio clinico obiettivamente accertabile, ha per ciò solo precisato la preesistente definizione di danno biologico".

Coloro che sostengono la natura sostanziale della novella - perché limiterebbe l'area del danno risarcibile - ritengono, conseguentemente, che la stessa (ai sensi dell'art. 11 delle preleggi) trovi applicazione limitatamente ai fatti illeciti verificatisi a decorrere dal 24 marzo 2012 (non essendo i commi *ter* e *quater* in esame previsti nel precedente d.l.) <sup>[18]</sup>.

Coloro che seguono la tesi della natura processuale della novella, sostengono, invece, che la stessa dovrebbe applicarsi anche ai procedimenti pendenti alla data della sua entrata in vigore, in applicazione del principio *tempus regit*



*actum* tutte le volte che il legislatore abbia modificato una norma processuale [19].

Si obietta tuttavia che la Cassazione ha preferito la natura sostanziale anche delle norme processuali, qualora siano relative all'ammissibilità ed efficacia delle prove civili [20].

Nella specie, come si è detto, potrebbe sostenersi che la novella, modificando il regime probatorio delle presunzioni, non possa avere efficacia retroattiva.

Tuttavia, alla luce dell'interpretazione costituzionalmente orientata innanzi esposta, può anche ragionevolmente sostenersi che la modifica legislativa si limiti ad individuare un criterio ermeneutico nella corretta applicazione della prova presuntiva dell'esistenza della lesione.

È di tutta evidenza che, in questa diversa prospettiva, la norma trovi applicazioni in tutti i processi pendenti ed anche per gli eventi verificatisi prima del 24 marzo 2012 [21].

### **La novella può trovare applicazione anche per altri fatti illeciti?**

La novella si applica esclusivamente alle ipotesi disciplinate dall'art. 139 Codice delle Assicurazioni ovvero suscettibile di applicazione in tutte le fattispecie di illecito civile che abbiano comunque determinato la lesione del bene salute?

In primo luogo deve rilevarsi che l'art. 3, comma 3, della recente legge n. 189/2012 (che disciplina la responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie [22]) pone l'obbligo, in capo ad un fondo appositamente costituito, di garantire idonea copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie; dispone che "Il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209".

Il legislatore, quindi, anche per la responsabilità sanitaria garantisce idonea garanzia assicurativa e, correlativamente, impone l'adozione della tabella delle menomazioni e dei valori economici di cui agli artt. 138 e 139 Codice delle Assicurazioni.

Il richiamo all'art. 139, in particolare, dovrebbe ricomprendere anche i nuovi criteri (fin qui esaminati) di accertamento della lesione del bene salute e del danno risarcibile.

Ritengo quindi che sussista l'opportunità di applicare la novella a tutte le ipotesi di fatti illeciti, per rendere omogenei non i valori monetari (dovendosi in proposito applicare la tabella milanese come statuito dalla citata sentenza Cass. n. 12408/2011) bensì i più rigorosi, ed in pari tempo razionali, criteri di accertamento del danno biologico temporaneo e permanente ex art. 139 novellato.

Non avrebbe senso adottare criteri diversi per l'accertamento della lesione del medesimo bene giuridico in relazione alle micropermanenti da incidente stradale ed a quelle derivanti da percosse, da cosa in custodia, ecc.

## Dovr❖ essere modificato il quesito medico-legale?

Nelle ipotesi di incidenti stradali disciplinati dal Titolo X del Codice delle Assicurazioni, il C.T.U. dovr❖ rispondere al quesito in base esclusivamente ai *bar❖me* medico legale di cui alla citata Tabella delle menomazioni, richiamata espressamente dall'art. 139 cod. assicurazioni.

Non ritengo, invece, che il giudice debba necessariamente citare nel quesito medico legale le nuove modalit❖ di accertamento della lesione del bene salute.

Per Polotti [23] "Si tratta di indicazioni che il tecnico deve prendere in considerazione (o meglio, doveva gi❖ considerare in precedenza) per un espletamento corretto del compito che gli viene affidato, con l'osservanza delle regole tecniche che la sua professione prevede. In sostanza, non pare logico n❖ corretto rivolgersi ad un professionista perch❖ fornisca determinate risposte in base alle sue conoscenze tecniche per poi ricordargli quali dovrebbero essere le modalit❖ che, tra l'altro, ad esso dovrebbero essere ben note, per l'esecuzione dell'incarico".

Tuttavia, a mio giudizio, ❖ opportuno evidenziare al C.T.U. la necessit❖ di fornire al giudice (ed alle parti) tutti gli elementi per un corretto e completo accertamento della lesione, dei pregiudizi consequenziali e della liquidazione del danno risarcibile.

A tal fine il C.T.U. deve indicare al giudice tutti i dati rilevati: la sintomatologia soggettiva, l'elencazione dei dati riscontrati "visivamente o strumentalmente", la diagnosi medico legale, ecc.

In questa ottica ritengo dunque l'opportunit❖ che nel quesito si richiami l'attenzione del C.T.U. sulle novit❖ legislative.

In via "sperimentale", sto ponendo al C.T.U. il mio vecchio quesito, ma ho aggiunto allo stesso il seguente inciso:

"Dica infine il C.T.U. se "a seguito di riscontro medico legale da cui risulti visivamente o strumentalmente accertata l'esistenza della lesione", confermi in tutto o in parte le conclusioni assunte".

Per le ragioni innanzi esposte, ho esteso questa postilla al quesito in tutti gli accertamenti medico legali aventi ad oggetto il danno alla persona (da lesione micropermanente del bene salute) cagionato da qualsivoglia fatto illecito.

In questi giorni l'Osservatorio sulla giustizia civile del Tribunale di Milano ha avuto diversi incontri con i medici legali milanesi e sta emergendo l'opportunit❖ che venga modificato il quesito medico legale: il giudice dovrebbe richiamare la novella, ma chiarire altres❖ il significato da attribuire alla stessa, per evitare che, nella relazione peritale, il C.T.U. assuma conclusioni fondate su argomentazioni "ideologiche" o (peggio ancora) conformi alle "direttive" delle compagnie assicuratrici o delle associazioni dei consumatori.

Si deve in ogni caso ribadire che il C.T.U., anche se medico legale, rimane "ausiliario" del giudice "di particolare competenza tecnica"; tuttavia solo al giudice (nell'enfatico ruolo di *peritus peritorum*) spetta il compito di dichiarare se sia stata o meno raggiunta la prova della lesione del bene salute e di

liquidare il consequenziale risarcimento del danno subito dalla vittima. Al giudice spetta altresì la valutazione finale circa la congruità delle cure erogate, l'adeguatezza nei tempi di effettuazione, l'idoneità dei soggetti e delle strutture eroganti, dubitando di spese costosissime per lesioni di lievissima entità, tanto più se sostenute ed "anticipate" da persone nullatenenti o con bassissimo reddito [24].

Non v'è dubbio che la novella rende più complessi e laboriosi questi compiti del giudice, soprattutto laddove (e temo frequentemente) i C.T. delle parti disquisiranno - con dotte e (parimenti) scientifiche argomentazioni - sulla sussistenza o meno, nella fattispecie concreta, dei "riscontri visivi strumentali dell'esistenza della lesione". Ma sbagliava nel passato e, a maggior ragione, sbaglia oggi il giudice che, senza tenere conto delle motivazioni esposte nella relazione peritale del C.T.U. e delle osservazioni critiche dei C.T.P., riduca la complessa problematica del risarcimento del danno alla persona ad una sorta di "battaglia navale": incrocia la percentuale di danno biologico (indicata nelle conclusioni della relazione del C.T.U.) con l'età della vittima e liquida il danno assumendo il valore monetario riportato nella corrispondente casella della tabella normativa o di quella milanese del danno biologico.

Ed allora non condivido la conclusione cui perviene Polotti [25] quando afferma: "Si ritiene di poter ribadire che le nuove norme potrebbero essere intese come un richiamo ai medici per più attente verifiche dell'esistenza delle lesioni che devono accertare per cui non resta che lasciare ad essi, sotto il profilo tecnico medico, la soluzione dei problemi interpretativi che dette norme potrebbero eventualmente porre con le possibili relative conseguenze sul piano pratico".

Al contrario, spetta al giudice riconquistare il territorio della consulenza medico legale: anche quest'ultima è una delle fasi del processo e rientra quindi nei poteri del giudice di direzione del procedimento e di valutazione delle prove ex artt. 175 e 116 c.p.c.

### **Le sentenze di merito già emesse**

I Giudici di Pace e togati "attoniti al nunzio della legge", hanno complessivamente ignorato la novella, (implicitamente) ritenendo che riguardasse solo i medici legali.

Le sentenze finora emesse generalmente applicano la tabella normativa senza alcun riferimento alle modifiche legislative. Si segnalano dunque pochi precedenti pertinenti.

### **Sentenza emessa dal Giudice di pace di Mascalucia (CT) in data 28 maggio 2012**

"Occorre chiarire però che il lobbista che ha vergato i testi poi divenuti "Legge dello Stato" ha fatto, comunque, un pessimo lavoro; anche se l'obiettivo che si era dato, non risarcire più i postumi permanenti da distrazione del rachide cervicale, ma solo in RCA, era come si è visto, impossibile da raggiungere, il lavoro fatto resta inutile per molte ragioni. In particolare va ribadito che la

definizione di danno biologico del primo comma del 139 del codice delle assicurazioni, non è stata modificata (...)

Non è stata introdotta nessuna norma tale da costringere la medicina legale, ad utilizzare criteriologie difformi rispetto a quelle validate dalla comunità scientifica: resta ovviamente conforme alla norma, procedere con il consueto accertamento valutativo (...)

Come si è visto neanche il lobbista, benché fattosi legislatore, è stato in grado di sostenere che situazioni strumentalmente non accertabili debbano meccanicamente costituire assenza di danno biologico poiché, e non potrebbe essere diversamente, è diretta competenza del medico legale la espressione di un appropriato giudizio tecnico (...)

Dunque l'innominato "colpo di frusta" non può essere abolito per legge, così come non è possibile mutare per decreto la criteriologia medico legale (...)

Non pare francamente possibile che il legislatore abbia voluto introdurre norme che vincolano il Giudice a disporre accertamenti medico legali, ai quali questi sia obbligato ad attenersi, né che si sia inteso modificare la criteriologia medico legale, essendo peraltro immutati i *barhemes* del d.P.R. 2003 che prevede i parametri valutativi per le micropermanenti. Non pare neanche che le nuove norme introdotte possano incidere in maniera sostanziale sul concetto di danno biologico risarcibile modificandone in senso restrittivo l'area, dal momento che una loro applicazione in questo senso determinerebbe un ulteriore macroscopico disallineamento tra il sistema risarcitorio del danno alla persona in generale e le previsioni in materia di RC auto, notoriamente penalizzanti per il danneggiato.

Una lettura delle norme portate dal *3ter* e *3quater* che non le riconduca al significato che meglio pare loro competere, e cioè quello di norme "manifesto", porterebbe a inammissibili esclusioni risarcitorie per una serie di danni per loro natura non strumentalmente accertabili, si pensi non solo ai vituperati "rachidi", ma anche alla sfera del danno psichico. Un tale modo di procedere renderebbe irreversibile la deriva indennitaria del sistema del risarcimento del danno alla persona in RC auto. Si tratta peraltro di un sistema la cui tenuta, è noto, sarà presto nuovamente al vaglio dalla Corte Costituzionale, e sempre in relazione al 139 e ai limiti risarcitori che tale norma impone al potere equitativo del giudice, in quanto di ostacolo per la applicazione dei più favorevoli valori previsti per medesime lesioni, ma aventi altra eziologia. Ulteriori limitazioni che dovessero essere imposte ai diritti dei danneggiati, già costretti tra sistemi tabellari penalizzanti, quali quelle in ipotesi attuate mediante questo confuso tentativo di introdurre inammissibili franchigie risarcitorie, rischiano seriamente di far crollare la tenuta costituzionale del sistema che appare sempre più estraneo all'esigenza per cui era sorto, e cioè quella di garantire, sempre e comunque, la piena tutela dei danneggiati".

Il giudice di pace, in definitiva, ha liquidato al danneggiato l'1% di danno biologico permanente e 20 giorni di danno biologico temporaneo accertati dal CTU.

**Sentenza n. 376/12, emessa dal Giudice di pace di Desio in data 28**

## maggio 2012

I due attori avevano subito un danno biologico permanente accertato dal CTU nella misura, rispettivamente, del 2% e dell'1,5%; il giudice rigetta le domande proposte dagli attori anche perché (sbrigativamente) mancano gli "accertamenti obiettivi" prescritti dalla novella in esame.

## Sentenza n. 859/12, emessa dal Tribunale di Taranto in data 30 aprile 2012

Questa sentenza è stata emessa nel giudizio di appello avverso la sentenza emessa dal giudice di pace che aveva rigettato la domanda. Il Tribunale rigettava l'appello perché, "indipendentemente dalle recenti novità normative", non erano state provate "lesioni obiettivamente percepibili" e la conseguente cervicalgia da "colpo di frusta"; la radiografia cervicale non evidenziava segni da cui evincersi una qualche lesione ed il C.T.U. (nominato in prime cure) aveva accertato il danno biologico sulla sola base di "plausibilità sintomatologica" di quanto riferito dall'attore; per il Tribunale difettava, quindi, la rigorosa prova dell'esistenza del danno, ex art. 2697 c.c.

## Conclusione

Lascia l'amaro in bocca, la consapevolezza che ancora una volta il legislatore ha proceduto con grossolana fretta e sconcertante sciatteria.

Anziché procedere con la necessaria cautela nella modifica delle modalità di accertamento della lesione di un diritto inviolabile della persona, sembra che il legislatore abbia adoperato le stesse forbici usate per la *spending review*.

Solamente un considerevole sforzo interpretativo può ricondurre la novella nell'alveo della copertura costituzionale.

Aumentano comunque le distanze tra la tabella milanese e quella normativa: non più solo per i valori monetari, ma anche per le modalità di accertamento del danno risarcibile, sebbene, come ho detto, sia preferibile la tesi che estenda l'applicabilità della novella a tutte le consulenze medico-legali sul danno biologico da micropermanenti.

Nei prossimi mesi verificheremo se, ed in quale misura, la novella inciderà nelle modalità di applicazione della tabella normativa e di quella milanese.

Non è escluso neppure che il contenzioso possa addirittura aumentare e possano lievitare i costi processuali, per eseguire dispendiose indagini strumentali (elettromiografia, TAC, ecc.), il cui rimborso (come per tutti gli altri esborsi) rimane condizionato all'accertamento della lesione e quindi all'accoglimento della domanda.

Occorrerebbe allora una riforma legislativa organica e non più "ostinatamente settoriale" del danno non patrimoniale da lesione del bene salute, da inserirsi nel codice civile.

Nel frattempo, forse necessario un diverso approccio deontologico ed etico.

Solo se si affermassero prassi meno disinvolute e più rigorose degli avvocati, dei medici legali (quali CTP) e dei C.T.U., potrebbero cessare le truffe ai danni

delle compagnie assicuratrici ed il giudice potrebbe essere in grado di dirigere una più leale dialettica processuale, con minori costi per l'intera collettività ed in tempi ragionevoli.

Note:

[1] V. relazione tenuta al convegno indetto dall'OUA a Torino il 29 giugno 2012, *Il danno alla persona in RC auto: profili medico legali e giuridici*.

[2] V. Lettera al mercato 19 aprile 2012 n. 09-12-007647, in *Guida al diritto*, 12 maggio 2012, n. 20,19.

[3] V. nota ANIA del 27 marzo 2012.

[4] Nella sua relazione, *Le nuove regole sull'accertamento del danno da lesione di lieve entità. Profili giuridici*.

[5] In *Linee guida della legge n. 27 del 24 marzo 2012*.

[6] Così Rossetti, *op. cit.*

[7] *Op. cit.*

[8] In tal senso Filippo Martini, in *Guida al diritto*, n. 20/2012, 22.

[9] V. Giulio Ponzanelli, in questa *Rivista*, 2012,1011.

[10] "La differenza tra i due casi è data dal fatto che nel primo, nell'ambito dell'area del danno-conseguenza del quale è richiesto il ristoro, è allegato un pregiudizio esistenziale futile, non serio (non poter più urlare allo stadio, fumare o bere alcolici), mentre nel secondo è l'offesa arrecata che è priva di gravità, per non essere stato inciso il diritto oltre una soglia minima: come avviene nel caso del graffio superficiale dell'epidermide, del mal di testa per una sola mattinata conseguente ai fumi emessi da una fabbrica; dal disagio per poche ore cagionato dall'impossibilità di uscire da casa per l'esecuzione di lavori stradali... La gravità dell'offesa costituisce requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti inviolabili. Il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio. La lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza" (v. Cass., sez. un., n. 26972/2008 e v. anche il mio articolo *Il danno non patrimoniale: dal danno futile al danno risarcibile*, in *Questione Giustizia*, n. 5/2004, 994 e ss.).

[11] Così Rossetti, *op. cit.*

[12] V. *op. cit.*

[13] V. *op. cit.*

[14] Per Cannavò - Mastroberto, *op. cit.*, si deve ammettere la possibilità di persistenza nel tempo di disturbi soggettivi, senza l'evidenza clinica, che può invece essere data (ad esempio) da una cicatrice, dall'evidenza radiografica di una alterazione articolare, ecc. Già prima della novella, in tali casi si sarebbe dovuto negare il riconoscimento di un sia pur minimo danno biologico permanente. Semplici contusioni di spalla, ginocchio caviglia o trauma cranico



semplice non daranno luogo a postumi permanenti perch  nella maggior parte dei casi guariscono senza esiti permanenti; per converso, l'obiettivazione di contrattura muscolari, limitazione dei movimenti della testa su base antalgica "non possono con certezza essere messi in relazione causale con il trauma, trattandosi di sintomi e segni del tutto aspecifici e presenti nella popolazione generale per i pi  svariati motivi".

[15] V. la citata sentenza Cass., sez. un., n. 26972/2008.

[16] V. citata nota del 27 marzo 2012.

[17] V. *op. cit.*

[18] In tal senso Polotti, *op. cit.*

[19] V. Cass., sez. un., n. 5394/2007; Cass. n. 3688/2011.

[20] V. Cass. n. 4225/07 e v., *amplius*, Giuseppe Sileci, *Danno biologico di lieve entit *, in *Altalex*, articolo del 18 ottobre 2012.

[21] Anche per Rossetti, *op. cit.*, "Non pu  esservi dubbio alcuno che le nuove norme debbano applicarsi in tutti i casi in cui la decisione giudiziaria sul danno sia successiva alla loro entrata in vigore (..) Non si tratta in questo caso di applicazione retroattiva", per la ragione che l'accertamento del danno biologico non pu  che essere compiuto in base al quadro normativo vigente al momento della decisione.

[22] Questa riforma accoglie, ma solo in parte, la soluzione da me prospettata nella sentenza n. 5305/2008.

[23] *Op. cit.*

[24] Cos  Cannav -Mastroroberto, *op. cit.*

[25] V. *op. cit.*