

LA PROVA DEL DANNO NEL NUOVO QUESITO MEDICO-LEGALE PROMOSSO DALL'OSSERVATORIO PER LA GIUSTIZIA CIVILE DI MILANO

Damiano Spera¹

La novella di cui all'art. 32, commi 3 ter e 3 quater, della Legge n. 27/2012

Con legge 24.3.2012, n. 27 (pubblicata sul supplemento ordinario n. 53 alla G.U. del 24.3.2012, n. 71) è stato definitivamente convertito in legge il D.L. n. 1 del 24.1.2012, cd. "sulle liberalizzazioni".

Ebbene, l'art. 32, comma 3-ter 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, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "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 della stessa legge, invece, così dispone:

"Il danno alla persona per lesioni di lieve entità di cui all'articolo 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, è 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 è di facile interpretazione ed ha visto nei mesi scorsi divisa la dottrina e la giurisprudenza circa: l'esatto contenuto dei tre aggettivi *"clinico strumentale obiettivo"* (del comma 3 ter) e dei 2 avverbi

¹ **Damiano Spera** – Giudice del Tribunale di Milano.

“*visivamente o strumentalmente*” (del comma 3 *quater*), circa la possibilità di eseguire l'accertamento medico-legale anche con altre modalità, circa la costituzionalità della novella.

Interpretazioni prospettate

Poiché manca qualsivoglia accordo tra i due citati commi, da molti interpreti si è affermato che il legislatore abbia imposto modalità diverse di accertamento del danno alla persona, a seconda che lo stesso sia permanente o temporaneo, e conseguentemente debbano essere diverse le modalità di indagine medico-legale ed, in definitiva, diversi i quesiti che dovrebbe porre il giudice al C.T.U..

Si sintetizzano così le diverse opinioni espresse in proposito:

- è stata prospettata la illogicità di criteri inidonei ad accertare lesioni della salute non sempre suscettibili di accertamento con ciascuno dei parametri richiesti dalla legge, con l'avvertenza (e complicità) che i tre aggettivi “*clinico strumentale obiettivo*”, non separati né da virgola né da “o”, presupporrebbero quindi la compresenza degli stessi in ogni singolo accertamento, diversamente i due avverbi “*visivamente o strumentalmente*”, certamente non richiedono la compresenza di entrambi per il positivo accertamento della lesione;
- altra dottrina medico-legale ha evidenziato 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' più ampio, quello cioè di evidenza concreta, supportata da riscontri reali relativi a tutti i dati di rilievo medico-legale*” (così Giovanni Cannavò e Luigi Mastroberto, “Linee guida della legge n. 27 del 24 marzo 2012”);
- da più parti si sono sollevati dubbi di costituzionalità delle norme in esame perché prevederebbero limitatamente ad alcune fattispecie più rigorosi e illogici criteri di accertamento medico-legali della lesione della salute, bene giuridico costituzionalmente garantito per tutti gli individui (art. 32 Cost.);
- più in generale, la dottrina medico-legale sensibile agli interessi delle compagnie assicuratrici ha prospettato interpretazioni restrittive degli aggettivi e degli avverbi in esame, rendendo così più difficile l'accertamento della lesione del bene salute, propugnandone, in pari tempo, l'applicazione anche nell'accertamento del danno biologico conseguenza di tutti gli altri fatti illeciti aventi genesi causale non rientranti nel Titolo X del Codice delle Assicurazioni private ed anche a quelli verificatisi in epoca anteriore alla sua entrata in vigore;
- per converso, la dottrina medico-legale più vicina agli interessi delle vittime ha prospettato interpretazioni estensive degli aggettivi e degli avverbi in esame rendendo più facile l'accertamento della lesione del bene salute; ha prospettato, ai sensi dell'art. 11 delle preleggi, l'applicazione della novella solo ai fatti illeciti verificatisi in epoca

successiva al 24.3.2012 (non essendo i commi *ter* e *quater* in esame previsti nel precedente D.L.).

L'Osservatorio sulla Giustizia civile di Milano

E' in questo contesto che il gruppo "Danno alla persona dell'Osservatorio sulla Giustizia civile di Milano", nel periodo novembre 2012 - aprile 2013, ha organizzato diversi incontri con magistrati, avvocati (difensori delle vittime e fiduciari di compagnie assicurative) e medici legali per concordare un nuovo quesito medico legale che rispondesse alle seguenti esigenze:

- aderisse ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della novella;
- dettasse criteri univoci di interpretazione delle norme;
- fosse compatibile con gli arresti della Corte di Cassazione (ed in particolare con le sentenze di San Martino e la sentenza n. 12408/2011), con le Tabelle normative di liquidazione del danno alla persona, con la Tabella milanese;
- fosse applicabile a tutte le ipotesi di accertamento della lesione del bene salute.

Il quesito medico-legale, lungi dall'essere un mero adempimento burocratico, presuppone infatti una molteplicità di premesse giuridiche e costituisce, a sua volta, la fonte di altrettante conseguenze giuridiche, che devono essere valutate e condivise, in primo luogo, dal giudice che lo adotta.

Qual è la *ratio* della novella?

L'Osservatorio ha dunque preso le mosse dalla *ratio* della novella.

Nella relazione illustrativa di quest'ultima si afferma: *"La modifica proposta è volta ad introdurre, per le lesioni di lieve entità, la previsione di assenza di risarcimento da danno biologico permanente in caso di effetti lesivi "soggettivi" (cioè, 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".*

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 considerazione della *ratio legis* di stroncare o almeno attenuare le truffe assicurative, anche al fine di ridurre i costi dei premi, è apparsa preferibile la tesi che il legislatore (sia pure con grossolana fretta e sconcertante sciatteria) 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"*. Ragioni di ordine testuale e sistematico consentono di concludere che *"il comma 3 ter disciplina il danno che abbia prodotto postumi permanenti, mentre il*

comma 3 quater è applicabile a qualsiasi pregiudizio alla persona, anche temporaneo, l'uno e l'altro, tuttavia, subordinano la risarcibilità del danno a presupposti identici" (così Marco Rossetti, nella sua relazione: "Le nuove regole sull'accertamento del danno da lesione di lieve entità. Profili giuridici").

Si perviene dunque a queste conclusioni:

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;

i due avverbi "*visivamente o strumentalmente*", di sicura applicazione al danno biologico temporaneo e permanente, possono esaurire la novità legislativa.

Il nuovo quesito medico-legale

Sulla base di queste premesse giuridiche e di un'interpretazione costituzionalmente orientata della novella (v. *amplius*: "*Tabella milanesi 2013 e danno non patrimoniale*" - a cura di Damiano Spera - Giuffrè 2013) l'Osservatorio, dopo un lungo dibattito, ha preso atto che solamente predisponendo un nuovo quesito medico-legale sarebbe stato possibile chiarire a tutti i soggetti del processo civile (giudice, avvocati, C.T.U. e C.T.P.) i significati ed i contenuti dei termini adottati dal legislatore e le modalità di accertamento della lesione.

Nel quesito sono stati inoltre ben definiti i ruoli ed i compiti che devono assumere tutti i protagonisti del processo civile nell'accertamento della lesione del bene salute, del danno consequenziale e dei criteri di liquidazione.

Ed allora è apparso necessario ribadire che il C.T.U. debba previamente esaminare gli atti ed i documenti di causa, al fine di comprendere gli esatti termini delle questioni medico-legali poste in giudizio; debba procedere poi alla visita del periziando, descrivere lo stato di salute pregressa ed esperire le indagini tecniche ritenute necessarie, richiedendo alle parti ed ai loro eventuali consulenti ogni chiarimento ritenuto necessario.

E' stato ritenuto superfluo, invece, richiamare l'attenzione del C.T.U. sulla necessità di svolgere "in contraddittorio" tutte le proprie attività ed in particolar modo le indagini tecniche (espletate d'ufficio o su istanza di parte).

Infatti è evidente che il C.T.U. deve rispettare la regola del contraddittorio e svolgere le attività nel rispetto della legge e (in particolare) delle prescrizioni di cui all'art. 194 c.p.c., redigendo il verbale (da allegare alla consulenza) di tutte le operazioni svolte, ai sensi dell'art. 195 c.p.c..

Ciò premesso, il C.T.U. dovrà, in primo luogo, (limitarsi a) descrivere la sintomatologia soggettiva del danneggiato, in modo che sia immediatamente chiaro nel giudizio che detta sintomatologia non è il fondamento, ma un mero punto di partenza dell'accertamento medico-legale.

In secondo luogo, il quesito indica le modalità con cui il C.T.U. può pervenire all'accertamento della lesione del bene salute: visivamente e/o strumentalmente e/o a mezzo del richiamo a rilevanti evidenze scientifiche.

E' di tutta evidenza che l'Osservatorio ha preso le mosse dall'art. 32, *ter* quarto comma e, mediante idonea semplificazione, ha chiarito i concetti medico-legali dei due avverbi.

Inoltre l'Osservatorio ha aderito a quelle perplessità, espresse dalla Medicina legale più attenta ed innanzi esposte, secondo cui nemmeno l'accertamento effettuato "visivamente e/o strumentalmente" sia idoneo ad esaurire tutta la possibile casistica: potrebbero rimanere escluse alcune ipotesi di danno psichico ed alcune altre, ancora più residuali, in cui non sia possibile procedere ad esami strumentali (come ad esempio in stato di gravidanza).

In queste (non comuni) fattispecie, il C.T.U. avrà l'obbligo di procedere ad "adequata motivazione ed indicazione della dottrina medico legale e della letteratura scientifica più accreditate in relazione alla fattispecie concreta"; sarà comunque rimessa al giudice ogni definitiva statuizione sul punto, sentite le parti ed i loro eventuali C.T.P..

Nella prassi dell'Osservatorio le criticità devono essere affrontate con particolare ponderazione e con spirito costruttivo, e non devono mai costituire lo strumento per scardinare il sistema e per elidere le novità positive che si possono trarre anche da una novella (farraginosa) come quella in esame.

Il C.T.U. quindi procede con le descritte modalità all'accertamento della natura e dell'entità delle lesioni subite dal periziando in rapporto causale con l'evento per cui è causa (quesito 2-a).

L'Osservatorio ha quindi stigmatizzato che, con le descritte modalità, 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 incostituzionale 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.).

Il C.T.U. dovrebbe essere sempre un medico-legale e quindi conoscere la nozione ed il contenuto del danno biologico. Tuttavia, per evitare fraintendimenti ed anche perché talora (purtroppo) il C.T.U. non è medico-legale, si è ritenuto opportuno richiamare la nozione di danno biologico e, soprattutto, che nella liquidazione di tale danno la Tabella milanese tiene conto della "*incidenza della lesione in termini "standardizzabili" in quanto frequentemente ricorrenti (sia quanto agli aspetti anatomo-funzionali, sia quanto agli aspetti relazionali, sia quanto agli aspetti di sofferenza soggettiva)*".

Il richiamo alla Tabella milanese si giustifica non solo per (ovvie) ragioni territoriali, ma perché, come è noto, la Cassazione (sentenza n. 12408/2011 e n. 19376/2012) ha stabilito il seguente principio di diritto: *“Poiché l'equità va intesa anche come parità di trattamento, la liquidazione del danno non patrimoniale alla persona da lesione dell'integrità psico-fisica presuppone l'adozione da parte di tutti i giudici di merito di parametri di valutazione uniformi che, in difetto di previsioni normative (come l'art. 139 del codice delle assicurazioni private, per le lesioni di lieve entità conseguenti alla sola circolazione dei veicoli a motore e dei natanti), vanno individuati in quelli tabellari elaborati presso il tribunale di Milano, da modularsi a seconda delle circostanze del caso concreto”*.

E' necessario dunque che il C.T.U. conosca quale danno viene risarcito in relazione ad una determinata percentuale di invalidità, in modo da distinguere con assoluta chiarezza ciò che rientri nella liquidazione standardizzata (in considerazione del grado di invalidità e dell'età del soggetto) e ciò che, al contrario, costituisca un pregiudizio ulteriore nelle condizioni di vita del soggetto, che dovrà essere poi valutato dal giudice ai fini di un'eventuale personalizzazione.

E' opportuno evidenziare che questa prima parte del quesito esclude che il C.T.U. tenga conto di circostanze di fatto che possano costituire personalizzazione del danno sia per gli aspetti anatomo-funzionali che per quelli relazionali.

A questo punto il C.T.U. indicherà la durata dell'inabilità temporanea assoluta e relativa ed il grado percentuale di danno biologico permanente; il C.T.U. preciserà quali attività della vita quotidiana siano state precluse o limitate ed indicherà (per il periodo di malattia e quello relativo a postumi stabilizzati) il consequenziale grado di sofferenza psicofisica, in una scala da 1 a 5.

Quest'ultima specificazione si giustifica perché, come è noto, vi sono ipotesi di danno biologico temporaneo e/o permanente particolarmente dolorose ed il giudice ne terrà conto (di regola) nei limiti della percentuale di personalizzazione consentita dalla Tabella milanese o normativa ex art. 139 citato (in relazione al grado di invalidità ed all'età). Nei “Criteri orientativi” della Tabella milanese è prevista, infatti, la personalizzazione (altresì) in relazione a comprovati (anche mediante presunzioni) *“aspetti di sofferenza soggettiva (ad es. dolore al trigemino; specifica penosità delle modalità del fatto lesivo)”*.

Ovviamente, se è cogente l'applicazione della tabella normativa, il C.T.U. dovrà applicare la *“Tabella delle menomazioni”* (richiamata dall'art. 139 Codice delle Assicurazioni private) ed il giudice sarà obbligato a liquidare il danno con la Tabella normativa dei valori monetari. Se non è invece cogente detta tabella normativa, il C.T.U. dovrà indicare i criteri di determinazione del danno biologico e la tabella di valutazione medico legale di riferimento (barème).

Infine il C.T.U. valuterà la necessità e la congruità delle spese mediche occorse e documentate nonché la necessità di eventuali spese mediche future.

Questo quesito appare coerente altresì con le statuizioni contenute nelle citate sentenze di San Martino, atteso che il C.T.U. indicherà l'entità del danno biologico temporaneo ed una percentuale complessiva del danno biologico permanente ed il giudice procederà ad una unitaria liquidazione degli stessi, tenendo conto congiuntamente (e senza rischio di deprecate duplicazioni del medesimo

pregiudizio) del danno anatomo-funzionale, di quello relazionale e di sofferenza soggettiva.

Circa il campo di applicazione, infine, l'Osservatorio ha valutato che, con Legge n. 189/2012, la disciplina di cui all'art. 139 citato è stata estesa anche al "danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria". E' stato ritenuto quindi che (ferma l'applicabilità della Tabella milanese circa i valori monetari nei casi non rientranti nella cogente disciplina dell'art. 139), alla luce di quanto esposto appare senz'altro opportuno che il quesito in esame si applichi a tutti gli accertamenti del danno biologico, quale che sia la genesi causale, e quale che sia la data in cui l'illecito si sia verificato.

Le condizioni soggettive del danneggiato, la personalizzazione del danno biologico e la capacità lavorativa

Aderendo (implicitamente) a queste statuizioni l'Osservatorio, al precipuo fine di impedire consulenze esplorative o, addirittura, su questioni che non fanno neppure parte dell'oggetto del contendere (talora, ad esempio, è stata svolta una C.T.U. sulla diminuita capacità di produrre reddito, ma non era stata proposta in quel giudizio domanda di risarcimento del danno patrimoniale), ha dunque distinto, anche graficamente, la seconda parte del quesito.

Il giudice porrà uno o più dei quesiti ulteriori al C.T.U. solamente sul presupposto che, in quello specifico processo, siano state allegate e già provate quelle "*condizioni soggettive del danneggiato*" e cioè quelle specifiche circostanze di fatto:

- che non rientrino in quelle cd. standardizzate, per le quali viene liquidato (di regola) dalla Tabella milanese o normativa l'importo monetario base;
- che possano dar luogo, quindi, ad una personalizzazione della liquidazione del danno (di regola, nei limiti fissati dalla Tabella milanese o da quella normativa).

E' opportuno ricordare, infatti, che nei "Criteri orientativi" della Tabella milanese è espressamente affermato che il giudice potrà aumentare l'importo tabellare base, "*-onde consentire un'adeguata "personalizzazione" complessiva della liquidazione- laddove il caso concreto presenti peculiarità_che vengano allegate e provate (anche in via presuntiva) dal danneggiato, in particolare:*

- *sia quanto agli aspetti anatomo-funzionali e relazionali (ad es. lavoratore soggetto a maggior sforzo fisico senza conseguenze patrimoniali; lesione al "dito del pianista dilettante");*
- *sia quanto agli aspetti di sofferenza soggettiva*" (e dei quali ultimi già si è parlato).

Ebbene il quesito n. 3 mira proprio alla valutazione delle conseguenze medico-legali della lesione accertata, con riferimento al danno biologico sia temporaneo sia permanente, sulla *condizione soggettiva* della vittima, già ritenuta provata dal giudice (ad esempio: pratica hobbistica di un particolare sport o di uno strumento musicale, attività di volontariato, ecc.).

Oggetto del quesito n. 4 è la stessa questione, ma valutata con le peculiarità di accertamento medico-legale richieste dall'art. 138 citato. Il quesito sarà dunque in questi termini formulato solo se si versi nell'ipotesi di cogente applicazione dell'art. 138 e, conseguentemente, solo dopo che saranno state approvate la Tabella delle menomazioni all'integrità psicofisica comprese tra 10 e 100 punti di invalidità e la Tabella dei valori pecuniari da attribuire a ciascun punto di invalidità.

Con il quesito n. 5 il giudice chiederà al C.T.U. di accertare le conseguenze del danno biologico temporaneo e permanente sulla capacità lavorativa specifica del soggetto, al fine di determinare il danno patrimoniale futuro che questi subirà.

Con il quesito n. 6 si accerta (spesso anche con mediante presunzioni) quali ripercussioni potrebbero avere le accertate menomazioni permanenti sulla capacità di lavoro futura della vittima, nell'ipotesi in cui quest'ultima non lavorasse all'epoca dell'infortunio.

Come si vede, quindi, l'Osservatorio ha compiuto un notevole sforzo di riflessioni ed analisi.

Ora spetta agli operatori agire nel rispetto dei principi qui enucleati.

In primo luogo l'avvocato dovrà tempestivamente allegare tutte le circostanze di fatto che possano consentire un'idonea e completa personalizzazione del danno biologico e tempestivamente produrre tutti i documenti all'uopo necessari.

Il giudice deve disporre la C.T.U. solo dopo aver concesso i termini ex art. 183 sesto comma c.p.c., ed aver espletato l'istruttoria sulle circostanze rilevanti ai fini della prova della sussistenza delle *condizioni soggettive* della vittima, in modo da disporre il quesito medico-legale coerentemente alle domande ed alle risultanze processuali.

Il C.T.U. deve essere tecnicamente preparato e fornire al giudice (nell'ambito delle tempestive allegazioni e prove) tutti gli elementi necessari per una corretta e completa liquidazione del danno.

La proposta del nuovo quesito medico-legale viene offerta agli operatori in via sperimentale fino al dicembre 2013.

L'Osservatorio meneghino provvederà quindi ad un monitoraggio delle applicazioni del quesito, per verificarne la diffusione presso gli uffici giudiziari, ma anche per registrarne eventuali limiti e criticità. Del resto è proprio questo lo spirito dell'Osservatorio sulla Giustizia civile.