

Ascesa, declino e caduta dell'accertamento clinico strumentale obiettivo

I commi 3 ter e 3 quater dell'art. 32 del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 (convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, e recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività") costituiscono il punto più basso mai toccato dalla legislazione in materia assicurativa.

Il comma 3 ter modificava l'art. 139, comma 2, del Codice delle Assicurazioni aggiungendovi il seguente periodo:

«In ogni caso le lesioni di lieve entità che non siano suscettibili di accertamento clinico strumentale obiettivo, non possono dar luogo a risarcimento per danno biologico permanente».

Il comma 3 quater – lasciato incredibilmente al di fuori del C.d.A. - stabiliva invece che:

«Il danno alla persona per lesioni di lieve entità di cui all'articolo 139 del decreto legislativo 7 settembre 2006 n. 209 è risarcito solo a seguito di riscontro medico legale da cui risulti visivamente o strumentalmente accertata l'esistenza della lesione».

L'origine oscura e d'impronta lobbistica di tali norme (narra la leggenda, riportata anche da Rossetti¹, che il comma 3 quater sia stato formulato in fretta e furia per placare i timori della classe medico legale, preoccupata che, alla necessità dell'accertamento clinico strumentale obiettivo, facesse da contraltare la superfluità della visita medico legale); la contemporanea approvazione di due emendamenti palesemente alternativi, uno appiccicato al secondo comma dell'art. 139, l'altro rimasto a vagare solitario nel procelloso mare della patria legislazione; la stesura approssimativa, sia dal punto di vista giuridico, sia dal punto di vista medico legale; tutto ciò ha dato luogo a giudizi trancianti espressi dalla totalità dei commentatori. Mi limito a citare Ronchi², il quale, nell'interpretare questa normativa, scrisse che *"in ordine alla formulazione lessicale della stessa non si potrà che richiamare il commento esclamativo in cui esplose Fantozzi dopo aver subito la proiezione del film La Corazzata Potemkin"*; Spera³, che ha definito questa disciplina *"farraginoso e maldestra"*; infine Rossetti⁴, che ha parlato di *"legislatore giuridicamente analfabeta"*, nel commentare anche gli imperfetti ritocchi contenuti nella l. 4 agosto 2017, n. 124, la quale ha comunque il merito di aver mandato in soffitta questi due obbrobri, abrogando il solingo comma 3 quater e modificando l'art. 139 c.d.a., ora così formulato nella parte che ci interessa:

"In ogni caso, le lesioni di lieve entità, che non siano suscettibili di accertamento clinico strumentale obiettivo, ovvero visivo, con riferimento alle lesioni, quali le cicatrici, oggettivamente riscontrabili senza l'ausilio di strumentazioni, non possono dar luogo a risarcimento per danno biologico permanente".

Di fronte a un quadro del genere, appare sconsolante dover constatare che:

- 1) le Compagnie di Assicurazione e i loro inesausti trombettieri non abbiano esitato a impugnare e a difendere a spada tratta un vessillo cucito con un tessuto così scadente;
- 2) sia occorso più di un lustro per riportare – si spera – sulla retta via una giurisprudenza di merito assai disorientata, anche a causa di due infelici decisioni della Corte Costituzionale, ovvero la cestinabile⁵ sentenza n. 235/2014 e la superficiale ordinanza n. 242/2015, "sorella" della precedente

¹ Il danno alla salute, II ediz, Milano, 430.

² I commi 3 ter /3 quater della Legge n. 27 del 24 marzo 2012 e la corazzata Potemkin, in Riv. It. Med. Leg., 2012, 1869.

³ Art. 32, commi 3 ter e 3 quater: problematiche interpretative, Danno e Resp, 2013, 216.

⁴ Il danno alla salute, op. cit., p. 435

⁵ Faccio mia con piacere l'esortazione di Bona, Corte Costituzionale n. 235/2014: cestinatela!, in ridare.it.

non solo per comunanza di materia, ma anche per qualità e provenienza, poiché redatta dal medesimo Giureconsulto.

La sentenza del 2014, infatti, conteneva un mero obiter dictum, affermando che i famigerati commi 3 ter e 3 quater di cui sopra comporterebbero, per le lievi lesioni:

- la necessità di un “accertamento clinico strumentale” (di un referto di diagnostica, cioè, per immagini) per la risarcibilità del danno biologico permanente;
- la possibilità anche di un mero riscontro visivo, da parte del medico legale, per la risarcibilità del danno da invalidità temporanea.

La successiva ordinanza del 2015, invece, riteneva manifestamente infondata la questione di costituzionalità del combinato disposto dell’art. 139, come modificato dal comma 3 ter, e del comma 3 quater di cui sopra, con un richiamo al precedente obiter dictum così succinto da poter essere di seguito riportato per esteso.

Considerato che, con la recente sentenza n. 235 del 2014, questa Corte ha già, per un verso, escluso che la “necessità” del riscontro strumentale sia riferibile al danno temporaneo (che, ai sensi del comma 3-quater del citato art. 32 del d.l. n. 1 del 2012, come convertito dalla l. n. 27 del 2012, può quindi, essere anche solo «visivamente», appunto, accertato, sulla base di dati conseguenti al rilievo medico-legale rispondente ad una corretta metodologia sanitaria) ed ha, per altro verso, ritenuto non censurabile la prescrizione della (ulteriore e necessaria) diagnostica strumentale ai fini della ricollegabilità di un danno “permanente” alle microlesioni di che trattasi; che, in relazione a tale seconda tipologia di danno, la limitazione imposta al correlativo accertamento (che sarebbe altrimenti sottoposto ad una discrezionalità eccessiva, con rischio di estensione a postumi invalidanti inesistenti o enfatizzati) è stata, infatti, già ritenuta rispondente a criteri di ragionevolezza, in termini di bilanciamento, «in un sistema, come quello vigente, di responsabilità civile per la circolazione dei veicoli obbligatoriamente assicurata, in cui le compagnie assicuratrici, concorrendo ex lege al Fondo di garanzia per le vittime della strada, perseguono anche fini solidaristici, e nel quale l’interesse risarcitorio particolare del danneggiato deve comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi».

Un po’ poco per motivare una decisione che smentisce una più che consolidata giurisprudenza costituzionale e che appare in contraddizione con almeno tre principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico⁶:

- 1) l’integrale e non limitabile tutela risarcitoria del diritto alla salute;
- 2) la supremazia dei diritti inviolabili sui meri interessi economici;
- 3) l’uguaglianza dei cittadini davanti alla legge, stante la discriminazione dei danneggiati ex art. 139 cit. rispetto a tutti gli altri.

Addirittura risibili appaiono poi i richiami ai “fini solidaristici” che sarebbero perseguiti dalle Compagnie d’assicurazione. I reali (e legittimi, ci mancherebbe) fini di lucro e di massimizzazione del profitto perseguiti dalle Compagnie sono troppo noti agli utenti del sito Unarca perché mi debba dilungare ad illustrarli.

A (cominciare a) riportare la barra a dritta è stata **Cass. 26 settembre 2016, n. 18773**, la quale evidenziava come i commi 3 ter e 3 quater dell’art. 32 cit. fossero da leggere in correlazione alla

⁶ Mi limito a richiamare le conclusioni a cui, con la consueta perizia e dovizia di richiami, giunge Bona, Lesioni di lieve entità ed accertamenti strumentali: la Consulta ignora questioni di costituzionalità manifestamente fondate, Resp. Civ., 2016, 466.

necessità, già esplicitata negli artt. 138 e 139 C.d.A., che il danno biologico debba essere suscettibile di accertamento medico legale, esplicando entrambe le norme i criteri scientifici di accertamento e valutazione del danno biologico tipici della medicina legale, così da condurre a un'obiettività dell'accertamento stesso.

Ovvero, suscettibile di accertamento medico legale significa che la sussistenza del danno biologico deve essere obiettivamente riscontrabile sulla base di una corretta criteriologia medico legale.

A dare continuità a tale pronuncia provvedeva **Cass. 19 gennaio 2018, n. 1272**, precisando che il rigore nell'accertamento dell'effettiva esistenza di lesioni e conseguenti postumi di lieve entità non può essere inteso nel senso che la prova debba essere fornita esclusivamente con l'accertamento clinico strumentale:

*“... è sempre e soltanto l'accertamento medico legale svolto in conformità alle *leges artis* a stabilire se la lesione sussista e quale percentuale sia ad essa ricollegabile. E l'accertamento medico non può essere imbrigliato con un vincolo probatorio che, ove effettivamente fosse posto per legge, condurrebbe a dubbi non manifestamente infondati di legittimità costituzionale, posto che il diritto alla salute è un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione e che la limitazione della prova della lesione del medesimo deve essere conforme a criteri di ragionevolezza”.*

Ne conseguiva l'affermazione del seguente principio di diritto:

«In materia di risarcimento del danno da cd. micropermanente, l'art. 139, comma 2, del decreto legislativo 7 settembre 2005 n. 209, nel testo modificato dall'art. 32, comma 3-ter, del decreto-legge 24 gennaio 2012 n. 1, inserito dalla legge di conversione 24 marzo 2012 n. 27, va interpretato nel senso che l'accertamento della sussistenza della lesione temporanea o permanente dell'integrità psico-fisica deve avvenire con rigorosi ed oggettivi criteri medico-legali; tuttavia l'accertamento clinico strumentale obiettivo non potrà in ogni caso ritenersi l'unico mezzo probatorio che consenta di riconoscere tale lesione a fini risarcitori, a meno che non si tratti di una patologia, difficilmente verificabile sulla base della sola visita medico legale, che sia suscettibile di riscontro oggettivo soltanto attraverso l'esame clinico strumentale».

L'orientamento tracciato da queste sentenze risulta consolidato da quattro decisioni rese dalla S.C. nell'anno corrente, tutte rese dalla terza sezione e redatte da differenti estensori, a conferma dell'univocità dell'interpretazione delle norme in esame da parte della giurisprudenza di legittimità.

Cass. 28 febbraio 2019, n. 5820 ribadisce come l'obiettivo dello scadente legislatore del 2012 fosse semplicemente quello di sollecitare tutti gli operatori del settore ad un rigoroso accertamento dell'effettiva esistenza delle patologie di modesta entità.

*“Ciò posto, occorre altresì ribadire che il rigore che il legislatore del 2012 ha dimostrato di voler esigere - e che deve caratterizzare ogni tipo di accertamento in subiecta materia - non può essere inteso nel senso che la prova della lesione deve essere fornita esclusivamente con l'accertamento clinico strumentale. Invero, è sempre e soltanto l'accertamento medico legale - svolto in conformità alle *leges artis* - a stabilire se la lesione sussista e quale percentuale sia ad essa ricollegabile. E l'accertamento medico, secondo una interpretazione costituzionalmente orientata, non può essere imbrigliato con un vincolo probatorio, in quanto il diritto alla salute è un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione e la limitazione della prova della lesione del medesimo non può che essere conforme a criteri di ragionevolezza.*

(...)

Il combinato disposto delle due previsioni porta dunque a concludere che il legislatore ha voluto ancorare la liquidazione del danno biologico, sia temporaneo che permanente, in presenza di postumi micro-permanenti o senza postumi, ad un rigoroso riscontro obiettivo in rapporto alla

singola patologia. Invero, vi sono malattie che si estrinsecano con delle alterazioni strumentali, che non sono rilevabili clinicamente o neppure all'esame obiettivo: si consideri un trauma cranico con microlesione encefalica che dia luogo ad un focolaio epilettogeno; detta patologia produce sintomatologia di tipo temporale, che solo il paziente è in grado di riferire, ed è dimostrabile soltanto strumentalmente (mediante un'alterazione dell'EEG). Al contrario, i disturbi psico reattivi e le lesioni sensoriali non sono generalmente suscettibili di essere dimostrati mediante un accertamento strumentale, ma possono essere accertate ricorrendo ad un esame clinico”.

La S.C. – riprendendo in maniera addirittura letterale le osservazioni svolte da Rossetti sull'argomento⁷ - sottolinea ancora una volta come non sia stato introdotto nulla di nuovo rispetto al passato. "Danno biologico" è soltanto quello "suscettibile di accertamento medico legale"; e "suscettibile di accertamento medico legale" altro non significa che il danno biologico, per potere essere risarcito, deve essere obiettivamente sussistente in corpore, e detta sua sussistenza deve potersi predicare sulla base (non di intuizioni o suggestioni, ma) di una corretta criteriologia medico legale.

“Pertanto sarà risarcibile anche il danno i cui postumi non siano "visibili", ovvero non siano suscettibili di accertamenti "strumentali", a condizione che l'esistenza di essi possa affermarsi sulla base di una ineccepibile e scientificamente inappuntabile criteriologia medico legale”.

Il percorso argomentativo sopra descritto viene riaffermato e integralmente condiviso prima da **Cass. 24 aprile 2019, n. 1128** e poi dalle pressoché coeve **Cass. 26 novembre 2019, n. 30731** e **Cass. 28 novembre 2019, n. 31072**.

In quest'ultima (redatta da Rossetti in persona) si ripete ancora una volta come i commi 3 ter e 3 quater dell'art. 32 cit. non facciano altro che ribadire un principio insito nel sistema, e cioè che *“il risarcimento di qualsiasi danno (e non solo di quello alla salute) presuppone che chi lo invochi ne dimostri l'esistenza “al di là di ogni ragionevole dubbio”; e che per contro non è nemmeno pensabile che possa pretendersi il risarcimento di danni semplicemente ipotizzati, temuti, eventuali, ipotetici, possibili ma non probabili”.* Conclusione su cui convergono tanto l'interpretazione letterale (danno biologico è il danno accertato sulla base di una corretta criteriologia medico legale), quanto quella finalistica (contrastare truffe e/o accertamenti colposamente negligenti).

Dopo il famoso decalogo in materia di danno non patrimoniale, la S.C. stavolta propone una più succinta trilogia di principi:

(a) l'art. 32 d.l. cit. non è una norma di tipo precettivo, ma una di quelle norme che la dottrina definisce "norme in senso lato" (cioè prive di comandi o divieti, ma funzionalmente connesse a comandi o divieti contenuti in altre norme);

(b) tale norma va intesa nel senso che l'accertamento del danno alla persona non può che avvenire col criteri medico-legali fissati da una secolare tradizione: e dunque l'esame obiettivo (criterio visivo); l'esame clinico; gli esami strumentali;

(c) tali criteri sono fungibili ed alternativi tra loro, e non già cumulativi.

Assai interessante è il giudizio di irrilevanza con cui vengono liquidate le ricordate decisioni della Corte Costituzionale, che hanno generato il disorientamento di una parte della giurisprudenza di merito.

La S.C. evidenzia come il decisum di Corte Cost. n. 234/2014 nulla abbia a che fare con la questione in oggetto; e, quanto a Corte Cost. n. 242/2015, ne trae spunto per impartire una severa

⁷ Si veda il paragrafo L'accertamento dei postumi nell'assicurazione r.c.a. e nella responsabilità medica, in Il danno alla salute, op. cit., p 425 ss.

lezione di giustizia costituzionale al Tribunale di Bologna, osservando, in particolare, come la Corte abbia escluso che contrasti col dettato della Carta l'interpretazione della norma nel senso che il danneggiato possa provare l'esistenza del danno unicamente attraverso esami diagnostici strumentali: ma poiché tale decisione non fu né cassatoria, né interpretativa di rigetto, né additiva, essa non ha affatto introdotto nell'ordinamento una norma per l'avanti inesistente, ponendosi quale fonte di diritto, né ha escluso interpretazioni dell'art. 139 cit. diverse da quelle adottate dal giudice rimettente. Ovvero, la mancata dichiarazione d'incostituzionalità della rigorosa lettura della norma, non preclude affatto a differenti interpretazioni.

Concludo con un auspicio e un doveroso ringraziamento.

L'auspicio è che questo univoco e ben argomentato orientamento della Suprema Corte induca la giurisprudenza di merito sinora dissenziente a una rimeditazione delle proprie conclusioni.

Il ringraziamento va al valente collega Marco Bordoni, socio Unarca della prima ora, che tanto si è speso - in tutti i sensi – per il raggiungimento di questo risultato.

Dario Matria