

## LA RIVALSA ESISTENZIALE DEL MEDICO INNOCENTE

### L'avvento del “*danno alla salute*” nel panorama risarcitorio italiano.

Il primo comma dell'art. 32 della Costituzione ammonisce che: “*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e garantisce cure gratuite agli indigenti*”. Detta norma, nel suo primo periodo di vita, aveva subito una lettura quasi esclusivamente pubblicistica. Da circa un ventennio, con la crescita sociale del “*fattore uomo*”, in sede dottrinale vi è stata una vera e propria “*riscoperta*” della disposizione, oggi letta in chiave prevalentemente privatistica.

L'esigenza di ricercare un equo parametro risarcitorio, da sempre avvertita dai giuristi, ha visto, di recente, la materia arricchirsi di nuovi orizzonti ed istituti; ma, contemporaneamente, ha vissuto - e vive tutt'ora - un imperante disordine risarcitorio.

Il legislatore, dopo essere stato colposamente assente, è intervenuto di rado e, quando lo ha fatto, ha provocato gravi lacune.

E' pur vero che la persona umana non è un bene di comune valutazione e sotto certi aspetti costituisce un...“*grande mistero*”. Lo stesso Gaio, nello schema *personae* delle *Institutiones* ammoniva che costituisce una “*inaestimabilis res*”, sia per tutti quei valori che la costituiscono e che prescindono dai criteri di mera valutazione economica, sia, soprattutto, perché non può essere giudicata e valutata un bene qualsiasi, ma deve essere vista, oltre che per un'eventuale pretesa ad una riparazione corporea, come un mondo e come una storia; come un “*mondo*”, perché attorno a quella vita toccata da un illecito esistono esseri dotati di interessi e di bisogni da soddisfare e, come una “*storia*”, perché quella vittima di oggi è destinata ad una sua autonoma vita con diritti ed obblighi da calcolare nel risarcimento. Con questa qualificazione della persona umana, il giurista romano del secondo secolo d.C., seguace della scuola dei Sabiniani, merita di essere definito un antesignano del danno alla persona, o meglio, di tutti quei danni che, di recente, con colpevole ritardo, la dottrina e la giurisprudenza italiana hanno fatto emergere in superficie, nel *mare magnum* dell'universo risarcitorio della materia.

Il sintagma gaiano, che ammonisce a ritenere che “*non ci può essere mai adeguato risarcimento per riparare al danno delle cicatrici e delle deformazioni subite dal corpo di un*

*uomo libero*" non deve essere inteso quale inno alla lievitazione iperbolica dell'indennizzo risarcitorio e meno che mai ad un mero concetto di panrisarcibilità: tutt'altro! Vuole solo costituire lo stimolo a ponderare, con pari oculatezza e moderazione, l'adeguato estaglio risarcitorio spettante al danneggiato, cioè alla persona umana nella sua essenza.

La necessità di valutare, appunto, la persona umana nella sua globalità era alla base della sentenza n. 184/86 della Corte Costituzionale, che ha letteralmente stravolto i criteri risarcitori del danno alla persona, apportando una vera e propria rivoluzione culturale, sostanziale e giuridica, con la istituzione di una figura nuova, il c.d. "*danno biologico o alla salute*".

La sentenza n. 184/86 (c.d. sentenza Dell'Andro, dal nome del relatore), infatti, delinea tre voci di danno: il danno biologico, quello patrimoniale e quello morale. E' la sentenza che istituisce una nuova figura: il c.d. "*danno biologico o alla salute*". E' definita storica perché ridelinea l'universo risarcitorio, fino a quel tempo ancorato esclusivamente alla tabellare patrimonialità e non anche alla valutazione dell'uomo nella sua globalità, o, meglio nella sostanza, *per quello che è, non solo per quello che ha*.

Ed ecco che la chiave di lettura pubblicistica incominciava col tempo via via a stemperarsi e ad acquisire un chiaro accento personalistico: la concezione risarcitoria trasmigra da una mera logica patrimonialistica ad una umanistica.

Da quel momento – siamo nel 1986 - si schiuse un processo dottrinario e giurisprudenziale dalle linee evolutive rigogliosissime, che, in breve, occorre ripercorrere per comprendere quello che, in embrione, è l'humus del palcoscenico dottrinario attuale.

La sentenza generò, sotto un certo profilo, sconcerto nell'austero e tradizionale mondo del diritto italiano, aduso ad un provincialismo acritico ed insensibile agli aneliti della vita sociale. Si delineò una fase che, con una espressione felice, l'amico prof. Busnelli qualificò "*anarchia del dopo principio*".

La dottrina anteriore al riconoscimento del danno biologico definiva come danno non patrimoniale "*ogni danno privato che non rientra nel danno patrimoniale, avendo per oggetto un interesse, non patrimoniale, vale a dire relativo a bene non patrimoniale*"; cioè, ogni danno che non colpisse immediatamente né mediamente la capacità produttiva dell'individuo.

E' fondamentale considerare che la particolare natura del pregiudizio di carattere non patrimoniale, secondo la concezione tradizionale, determinava l'impossibilità di una valutazione basata su dati contabili, cioè *sull'aestimatio*, e ne comportava invece la determinazione *arbitrio boni viri* ad opera del giudice.

Per oltre un decennio, dopo l'irrompere sul proscenio della sentenza 184/86 Cost., la dottrina si è dibattuta sulla natura del danno biologico, addirittura, in determinati casi, da parte di taluni stravaganti giuristi, collocato nella casistica patrimoniale.

Ed invece, il biologico, altro non è che un "danno evento" in re ipsa, cioè un danno non patrimoniale, che sussiste per il sol fatto che si verifichi una lesione all'integrità psico-fisica del danneggiato. E' un danno indefettibile, prioritario, autonomo e centrale. Ha un contenuto vasto, comprendendo la riduzione dell'integrità psico-fisica, la capacità lavorativa generica, il danno alla sfera sessuale, alla vita di relazione, il danno estetico in generale. Sin da questa scarna qualificazione, si evince che trattasi di una fattispecie certamente non patrimoniale, sebbene, proprio perché ancorata alla riduzione della capacità generica dell'individuo, non del tutto scevra da ... influssi patrimoniali.

Invece, il danno morale, identificato con quel felice dittongo latino "pretium doloris", ovvero "lesione della dignità offesa", non lasciava, proprio per la sua natura intrinsecamente non patrimoniale, dubbi di sorta circa la collocazione. Sul piano normativo la risarcibilità di questa categoria di danno viene considerata dall'art. 2059 cod. civ., il quale pone una limitazione risarcitoria ben precisa: "i casi determinati dalla legge". In sede di danno aquiliano, il richiamo normativo che maggiormente ricorre è costituito dall'art. 185 c.p., il quale, al II comma, dispone: "*Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui*". In sostanza, è danno morale quel danno che si concretizza nella **sofferenza psichica** apportata dalla lesione. Il danneggiato, in seguito all'evento lesivo ingiusto, subisce dolore, perturbamento psichico temporaneo ed una certa situazione afflittiva. Sono questi elementi necessari per la qualificazione di detta categoria di danno, ma non sufficienti in quanto, affinché si concretizzi il risarcimento, detti presupposti devono ledere un interesse

giuridicamente tutelato: il combinato disposto tra l'art. 2059 c.c. e del 185 c.p. costituisce inequivocabilmente la pietra miliare risarcitoria di questo danno.

L'avvento definitivo del danno biologico nello scenario risarcitorio, dopo una lunga fase di assestamento, ebbe a riqualificare il danno non patrimoniale, schiudendo l'orizzonte ad altre figure di danno. Nel corso degli anni si sono delineate sull'orizzonte risarcitorio, altre figure di danno, c.d. "emergenti", quale il danno psichico ed il c.d. "*danno esistenziale*".

Il danno psichico presuppone una patologia, vale a dire non solo il simultaneo manifestarsi di una sintomatologia soggettiva e di una oggettiva, rilevabile con parametri comuni (ad esempio la patologia dissociativa, la fobica, la isterica, la paranoica). Il danno psichico colpisce la psiche costituita, secondo i canoni classici di psicopatologia, da tre fondamentali facoltà (o sfere): conoscitiva, affettivo - istintiva, volitiva.

Se c'è lesione organica cerebrale, permanente ed irreversibile, c'è danno psichico. Altrimenti no! Non è sufficiente la c.d. *lesione della dignità offesa*, il mero turbamento dell'animo, il peggioramento della qualità della vita (come per il danno morale), ma occorre l'esistenza di una patologia permanente irreversibile; se i contorni non sono ben definiti e rimangono sfumati, si versa, direi meglio si retrocede, nella fattispecie del danno morale. C'è danno psichico, se c'è lesione psichica irreversibile; c'è danno morale, se c'è (solo) mero turbamento d'animo.

In sostanza, il danno psichico è «*un danno che non sia puramente morale e cioè riconducibile unicamente alla sofferenza soggettiva ed al dolore che possono conseguire ad un trauma fisico o psichico e che non sia neppure un danno organico e cioè consistente in una menomazione derivante dalla lesione oggettiva di una parte dell'organismo*».

Trattasi di danno inteso come "*una compromissione durevole ed obiettiva che riguardi la personalità individuale nella sua efficienza, nel suo adattamento, nel suo equilibrio, come un danno consistente, non effimero né puramente soggettivo, che si crea per effetto di cause molteplici e che, anche in assenza di alterazioni documentali dell'organismo fisico, riduce in qualche misura le capacità, le potenzialità, le qualità della vita della persona*".

Dal contenuto di questa definizione emerge, con estrema chiarezza, che si è in presenza di una prospettazione di carattere medico - legale, riferentesi ad una compromissione permanente ed irreversibile attinente al settore psichico dell'individuo.

Ai fini dell'individuazione di questa categoria di danno, il ruolo del consulente medico – legale diviene non solo topico ma, addirittura, assorbente, oserei dire, senza paura di essere smentito, prioritario rispetto a quello del Giudice.

Quindi, in modo sofferto ed al termine di oltre tre lustri controversi (1986/2002), la dottrina, agli albori del 2003, aveva delineato un quadro complesso, a tratti diatonico, certamente non chiaro. Esisteva il danno patrimoniale, ritenendosi per tale quello costituente una rigorosamente comprovata *deminutio patrimonii* (occorre, acchè vi sia danno patrimoniale il coevo verificarsi di due circostanze: la riduzione della capacità lavorativa specifica e una evidente flessione della redditività, documentata, in stretta correlazione con l'evento lesivo); (esisteva) il danno biologico, che provoca un peggioramento della qualità della vita del danneggiato, casualmente dovuto ad una lesione del corpo; il danno morale, che crea una prostrazione dell'animo e dello spirito nell'individuo, con la conseguenza che, allorquando quella sofferenza morale diviene una patologia con compromissione organica irreversibile assurge a danno psichico.

\* \* \*

### **Le nuove esigenze dottrinarie: il c.d. "danno esistenziale".**

Evidentemente, lo scenario successivo all'avvento del danno biologico quale autonoma categoria non soddisfaceva molti giuristi ed operatori del settore.

La stessa Corte di Cassazione era stata, fino ad un certo tempo, granitica, disattendendo ogni anelito innovativo e ponendo chiaramente un freno, molti operatori del settore ritenevano di dover essere i paladini della *nuova era* risarcitoria, preposti a compensare le carenze di una legislazione vaga e frammentata e, in assenza, ad una interpretazione dottrina e giurisprudenziale scevra da distonie ed ambivalenze, ad un diritto che contemplatesse un giusto ed equo risarcimento per ogni categoria di danno, ivi compresi i c.d. *danni emergenti*. Ma, vi erano soglie costituzionali insormontabili e la stessa legislazione ordinaria, per quanto distonica, contraddittoria e carente che fosse, costituiva un freno indubbio, frustrandone la rigogliosa

creatività. E poi, come scoraggiare i tentativi, a volte stravaganti, di ampliamenti di fattispecie che non meritavano valenza giuridica?

La giurisprudenza non era pronta ad accettare il concetto di una valutazione di fatti non strettamente legati al deterioramento della salute, eccettuata quella prodotta da giudici di merito particolarmente sensibili ai problemi sociali ed alla loro evoluzione. Si riteneva, in dottrina, che l'intera gamma dei pregiudizi che il danneggiato può risentire in conseguenza dell'altrui atto illecito non fosse integralmente coperta, con la conseguenza che se un atto illecito non integra gli estremi di alcun reato, non ha causato una riduzione delle entrate e del patrimonio e non ha determinato una compromissione dell'integrità psicofisica, potrebbe non sussistere alcuna ipotesi di danno e quindi alcun diritto al risarcimento.

In sostanza, il nostro sistema risarcitorio fondato sulla tricotomia danno biologico- morale-patrimoniale, secondo una buona parte della dottrina, non era più sufficiente a garantire il danneggiato nella sua "poliedricità risarcitoria" e necessitava della rigorosa nomenclatura di una nuova voce di danno.

Veniva così ad elaborarsi, in modo primordialmente dogmatico, il c.d. "*danno esistenziale*", ideato dalla scuola triestina del collaudato duo Cendon-Ziviz che, forse con eccessivo ottimismo dettato da entusiasmo, riteneva concernesse una autonoma categoria di danno ed ispirata dalla problematica apertasi sull'aspetto dinamico del danno biologico, che comportava la prova del mutamento della vita condotta dalla vittima fino al verificarsi dell'evento lesivo.

La dottrina si era posta, quindi, il problema del confine concettuale tra il danno alla salute, inteso come integrità psicofisica, ed il peggioramento della esistenza in tutte le altre contingenze, e, cercando di risolverlo, aveva necessariamente dovuto tenere conto delle modificazioni peggiorative non legate con nesso di causalità ad eventi attinenti a tale integrità.

Il c.d. "*danno esistenziale*" doveva essere una figura destinata ad un duplice compito, sostitutivo e riempitivo, destinato ad inglobare tutte le categorie di danno non patrimoniale risarcibile ex art. 2043 c.c. e, prima fra tutte, quella del danno biologico.

La stessa nozione del c.d. "*danno esistenziale*" doveva assolvere la funzione di riempire uno spazio vuoto, ovvero un'intera area di danni attualmente privi di tutela risarcitoria, afferenti alle

attività abituali dell'individuo, le quali costituivano fonte di propria gratificazione soggettiva, che erano state limitate o che si erano state irrimediabilmente perse a causa di un evento lesivo.

Questa perdita costituisce l'humus del c.d. "*danno esistenziale*", che può essere perciò definito come la "*forzosa rinuncia allo svolgimento di attività non remunerative, fonte di compiacimento o benessere per il danneggiato, perdita non causata da una compromissione dell'integrità psicofisica*".

In particolar modo, si avvertiva l'esigenza di risarcire tutta una fascia di menomazioni afferenti al "*facere*" di ciascun individuo, "*facere*" sia oggettivo (quindi, un criterio omogeneo e costante per tutti), sia individuale. In sostanza, si evidenziava la necessità di dare valenza risarcitoria a tutto ciò che concerneva l'esistenzialità della persona. Un passo recente di Paolo Cendon, anticipatomi personalmente a Vicenza nello scorso autunno, durante i lavori del convegno organizzato dalla scuola Guido Gentile di Ugo Dal Lago e pubblicato sulla rivista "Responsabilità civile e previdenza" (n.6/2003, pagg. 1269 –1291): "*Fare è vivere, in conclusione. Senza il fare non c'è molto altro: se non si fa niente non si è granché, su questa terra. I bambini vanno accompagnati al parco giochi, i detenuti vanno aiutati, i malati visitati, i fiori innaffiati, i quadri vecchi restaurati, le ragazze corteggiate, i dischi ascoltati, le messe cantate, le scoperte fatte, le biciclette pedalate. Come rinunciare a un verbo senza il quale non riusciremmo nemmeno più a parlare?*".

Il c.d. "*danno esistenziale*" si differenzia quindi dai tre canonici tipi di danno: da quello biologico, in quanto esiste a prescindere da una lesione della psiche o del corpo; da quello morale, in quanto esso non consiste in una sofferenza ma nella rinuncia di un'attività concreta; da quello patrimoniale, in quanto esso può sussistere a prescindere da qualsiasi compromissione del patrimonio. E' stato osservato, a questo riguardo, che "il danno morale" si identifica con "le lacrime", il c.d. "*danno esistenziale*" si identifica con una "rinuncia al fare" . Il c.d. "*danno esistenziale* è quindi un pregiudizio areddituale, non patrimoniale, tendenzialmente omnicomprensivo, in quanto qualsiasi privazione, qualsiasi lesione ad attività esistenziali del danneggiato può dar luogo a risarcimento".

Pertanto, si verserebbe nell'ipotesi di c.d. "danno esistenziale" tutte le volte che viene ad essere compromessa, più o meno definitivamente, l'attività creatrice della persona umana, il suo rapporto con il tempo e con lo spazio, insomma il peggioramento della qualità della sua vita.

E' indubbio, comunque, che il danneggiato dovesse fornire la prova della qualità della propria vita preesistente e del deterioramento della stessa a causa dell'evento lesivo, documentando incontrovertibilmente il nesso eziologico tra evento e danno.

Anche qui, come per i casi in precedenza esaminati in tema di fattispecie di danno morale e, soprattutto, danno psichico, momento tipico della identificazione di questa quarta categoria di danno è la relazione del consulente, sia esso un sociologo, uno psicologo, un vittimologo, un antropologo. Questi deve essere in ogni caso un esperto capace di descrivere più o meno minuziosamente i vissuti ( e non vissuti) della vittime su ambedue i fronti che interessano: quello "dell'esistenziale/biologico" (cosa vorrà dire trovarsi menomato, accecato, azzoppato o soprattutto trascinato ingiustamente in un procedimento penale per essere stato accusato ingiustamente di malpractice) e quello "dell'esistenziale non biologico" (in cosa è destinata a peggiorare la quotidianità di chi appunto si veda ingiustamente menomato, accecato, azzoppato o appunto accusato ingiustamente in un annoso processo penale e, insidiato nei suoi segreti, portato al ludibrio sociale).

Se la sentenza c.d. Dell'Andro del 1986 (184/86) costituisce la pietra miliare del danno alla salute o biologico, avendo schiuso le porte ad un aspro dibattito nell'universo risarcitorio, al pari fondamentali sono state le pronunce di maggio 2003 della Corte di Cassazione; la n. 7283 del 12 maggio 2003 e le sentenze c.d. "gemelle" del 31 maggio 2003, numeri 8827 e 8828, pronunciate dalla terza Sezione ed avallate dalla Corte Costituzionale, con la sentenza n. 233 dell'11 luglio 2003 (forse un po' ...supina).

Dette sentenze sono destinate ad aprire un dibattito altrettanto aspro; comunque, in ogni valutazione futura delle categorie del danno non patrimoniale, certamente non si potrà prescindere dall'esaminarle.

Occorre chiedersi, in primo luogo, se le predette sentenze codificano o meno il c.d. "danno esistenziale" facendolo assurgere a categoria autonoma; poi, se e come hanno modificato il panorama risarcitorio del danno alla persona.

Chiarezza e coerenza che non sono state assolutamente garantite dalle recenti sentenze del maggio 2003, sebbene la Consulta "attribuisce loro *"l'indubbio pregio, consistente nell'aver ricondotto ... a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona atteso che in esse viene prospettata con ricchezza di argomentazioni nel quadro di un sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti la persona e di interessi di rango costituzionale inerenti alla persona"*.

Analizzando dette pronunce, si evidenzia che la Consulta, senza più reticenze di sorta, con il termine *"interessi di rango costituzionale inerenti alla persona"*, delinea tre partite generali di danno: il danno morale, il danno biologico e, appunto, il *danno derivante da "lesione di interessi, inerenti alla persona, costituzionalmente protetti"*. Tutto questo, stigmatizzando definitivamente, nel quadro risarcitorio, il contesto bipolare danno patrimoniale - danno non patrimoniale. In effetti, i giudici della Consulta hanno semplicemente codificato detto binomio, salvo poi, con l'espressione *"danno da lesione di valori inerenti la persona"*, conferire, nell'alveo del danno non patrimoniale, definitiva legittimazione giuridica ai soli danni biologico e morale, non accennando espressamente al c.d. "danno esistenziale".

Le pronunce non apportano quella necessaria e tanta invocata coerenza e razionalità nel sistema; pur tuttavia, costituiscono un ulteriore momento di riflessione e di analisi, che schiude un dibattito giurisprudenziale e dottrinario, finalizzato a meglio definire gli ambiti e i criteri di risarcimento del danno alla persona.

Sin da una lettura superficiale del testo, sono molti gli interrogativi che permangono: in primo luogo, la Corte Costituzionale non conferisce definitività alla vicenda ed al percorso tormentato verso un definitivo quadro risarcitorio del danno alla persona, senza disegnare praterie di libertà. Viene intorbidito ulteriormente il già confuso panorama giuridico risarcitorio italiano,

rafforzandosi il pericolo di un frazionamento e di una duplicazione del danno non patrimoniale e quindi ipotizzando un nuovo pericoloso scenario, analogo a quello emerso successivamente alla sentenza n. 184/86, di una *“anarchia del dopo principio”*.

La proposta esistenzialista non è stata proclamata definitivamente; anche se obiettività vuole che si dica che il c.d. *“danno esistenziale”* si sta delineando all'orizzonte, nell'alveo dell'art.2059 c.c., come sinonimo del nuovo danno non patrimoniale, assolutamente non sovrapponibile al danno biologico, che soffre i limiti della *“soglia costituzionale”*.

Il pericolo insito nella individuazione del c.d. *“danno esistenziale”*, è quello di consentire una proliferazione arbitraria delle ragioni di danno, permettendo, proprio in ragione della sua peculiarità e diversità, di giustificare il risarcimento al *“figlio offeso nella sua figlietà, alla sposa isterica, al tranviere irrealizzato, al proprietario angosciato dal danneggiamento dell'amata motocicletta ... con l'invenzione di un diritto, di una lesione, di una vittima, di un danno”* (Gazzoni).

Un fermo monito, invece, è stato volto dai Massimi Giudici sia alla Corte di legittimità sia ai giudici di merito: quello di non riconoscere tutta una serie di risarcimenti quanto meno *stravaganti* (i c.d. *“danni bagatellari”*), che una tendenza, enfatizzata dal noto provincialismo italiano, vorrebbe riconoscere.

Ma da qui ad affermare che la sentenza della Corte parli espressamente - o quanto meno sottenda - il c.d. *“danno esistenziale”*, facendolo assurgere a *“ius receptum”*, ne corre. Infatti, dell'affermazione del c.d. *“danno esistenziale”* non v'è manifestamente traccia in tutte le citate sentenze della S.C e meno che mai in quella della Corte Costituzionale. Anzi, vi è una netta presa di distanza laddove in una delle due *“sentenze gemelle”*, i giudici della Cassazione fanno testualmente riferimento a ... *quello che una parte della dottrina suole chiamare del c.d. “danno esistenziale”*.

Ma v'è un altro problema tecnico rimasto insoluto: quello relativo ai criteri mediante i quali procedere al risarcimento del danno non patrimoniale.

La prospettiva risarcitoria, così come delineata dalle c.d. sentenze gemelle, dovrebbe perseguire finalità compensative: il risarcimento, cioè, fungerebbe da alternativa economica ad

un pregiudizio non economico. Tale impostazione, ovviamente, ha suscitato forti critiche da parte di numerosi giuristi, quali ad esempio la prof. Maria Costanza, secondo la quale *“la surrogazione del denaro ai tormenti dell’anima è un’offesa più che un ristoro: ... non è l’alternativa a ripagare della lesione subita: la privazione della gioia, di quella gioia, permane indelebile”*.

La soluzione prospettata dalla Consulta, pertanto, appare gravemente lacunosa e parziale, in quanto alimenta sperequazioni e comunque, in concreto, effetti risarcitori perversi. E’ sufficiente soffermarsi ad analizzare quanto testualmente affermato nella sentenza n.8828, secondo cui, in caso di uccisione, il danno da provare *“consiste nella definitiva preclusione delle reciproche relazione interpersonali, secondo le varie modalità con le quali normalmente si esprimono nell’ambito del nucleo familiare”*, con specifico riguardo all’intensità del vincolo familiare. La sentenza n. 8827 riproduce sostanzialmente il contenuto della c.d. *sentenza gemella*. Restando ancorati al tenore letterale delle note pronunce, dunque, degne di risarcimento dovrebbero essere soltanto le lesioni riferibili a soggetti che siano membri di un nucleo familiare, mentre resterebbero privi di tutela risarcitoria, o avrebbero diritto ad un risarcimento proporzionalmente inferiore, i singles, ovvero chi, in virtù della maggiore forza d’animo, è in grado di superare più facilmente le avversità, o ancora coloro che vivono in famiglie disarmoniche e conflittuali.

Il sentiero tracciato dalla Consulta, pertanto, non conduce a quella certezza, coerenza, razionalità ed equità, a cui dovrebbe informarsi il sistema risarcitorio del danno alla persona. L’unica prospettiva corretta, dunque, non può che essere quella sanzionatoria. Essa soltanto, infatti, per la sua stessa peculiare natura, comporta necessariamente una definizione, in termini di tipicità e razionalità, delle ipotesi di danno non patrimoniale risarcibili, non essendo sufficiente il vago e fumoso riferimento *“ai diritti inviolabili dell’uomo”* operato dall’art. 2 della Cost.

\* \* \*

**... de iure condendo**

Quella intorno al c.d. *“danno esistenziale”*, pertanto, è una materia dalla vexata complessità che attraversa un frangente estremamente delicato, rischiarato appena appena dalle recenti pubblicazioni giurisprudenziali. Rischiarato ma non definito. Tutt'altro.

Da sempre gli operatori del settore auspicano che venga ridisegnata una fetta del diritto privato italiano, che preveda al centro la persona umana, allo stesso modo con cui il codice del 1865 fece con la proprietà e quello del 1942 con i contratti. Il cittadino, infatti, ha diritto ad ottenere finalmente certezza del diritto, non dovendo ulteriormente scontrarsi con il disordine risarcitorio attuale, vedendosi ben individuate le figure risarcitorie senza rischi di incostituzionalità e, soprattutto, vedendo attribuiti alla persona umana giusti valore e dignità risarcitori.

Poichè siamo in cammino, forse alla soglia di grandi cambiamenti giurisprudenziali, in assenza di un necessario ed improbabile intervento del legislatore sull'art. 2059 c.c. è opportuno che siano dottrina e giurisprudenza a qualificare i c.d. *danni emergenti* e lo stesso ambito di applicabilità dell'art.2059 c.c. con maggiore chiarezza e coerenza.

Dottrina e giurisprudenza, da parte loro, devono essere più chiare e coerenti sulle definizioni dei c.d. *“danni emergenti”* e sullo stesso ambito di applicabilità dell'art.2059 c.c.; infatti, sono evidenti la flebilità dei limiti della norma, la lacunosità del sistema, la non catalogazione degli istituti. Se è vero che è difficile abbandonare due secoli di storia giuridica che ha stigmatizzato gli ambiti, peraltro marcati, del diritto patrimoniale e di quello non patrimoniale, è altrettanto indubbio che nel diritto positivo è in atto “una scollatura tra diritto normativo e diritto vivente”. Occorre, soprattutto, ridisegnare una fetta del diritto privato italiano in chiave europea, che preveda al centro la persona umana, individuando le figure risarcitorie senza rischi di incostituzionalità e conferendo, contemporaneamente, certezza al diritto ed equo ristoro risarcitorio alla vittima.

Oggi, purtroppo, sempre con maggiore incidenza, la vittima è un medico, ingiustamente accusato di malpractice. Un vero e proprio incubo incombe sul medico trascinato in giudizio, al termine del quale, la maggior parte delle volte, viene assolto. Nel corso del lungo lasso di tempo che trascorre dall'inizio dell'azione fino alla definizione della vicenda, il medico subisce gli strali

di ricadute pesanti sul piano dell'immagine oltre che un danno di ordine psicologico e, sebbene di rado, con accenti patologici.

Se è vero che il codice di Hammurabi (Babilonia 1792-1750 a.C.), nell'eventualità di mancato raggiungimento dell'obbiettivo da parte del chirurgo, prevedeva la pena del taglio delle mani, è altrettanto indubbio che, pur non essendo più annoverate oggi, per fortuna, pene corporali per il medico che sbaglia, incombe su di esso la *spada di Damocle* di vedersi notiziare dell'esistenza di un procedimento penale ovvero di ricevere la notifica di un atto di citazione.

Negli ultimi dieci anni, l'aumento dei casi di responsabilità medica è cresciuto a dismisura, provocando il decuplicarsi di controversie giudiziarie: vi sono, oggi, in Italia, ben 47.000 cause, penali o civili pendenti con una incidenza annua che varia dai 15 mila ai 18 mila medici italiani che ricevono citazioni, per complessivi 300 milioni di euro. Molteplici sono le cause del fenomeno, non ancora ben identificato da un'analisi di studio progettuale, ma alcuni fattori scatenanti il fenomeno si sono già delineati: l'aumento delle patologie curate dai sanitari; l'evoluzione dei mezzi di cura e diagnosi; l'attività di sensibilizzazione costante delle associazioni a difesa dei diritti del malato; la maggiore presa di coscienza dei propri diritti da parte del cittadino; l'allungamento della vita media dell'uomo; la pressione dei mass – media; l'evoluzione del concetto e delle funzioni della responsabilità civile.

Ma, soprattutto, una causa: l'istinto predatorio, poco apprezzabile sul piano morale e deontologico, di molti addetti ai lavori, che, in presenza di enti e compagnie assicurative tenute a risarcire ed in grado di soddisfare esigenze economiche, incardinano giudizi civili infondati, quasi sempre dal *petitum* lievitato in modo esponenziale.

Non occorre essere maghi per ritenere, secondo un criterio di massima probabilità, che la predetta tendenza si acuirà, fino a giungere ad agire contro il proprio medico ogni qual volta le cure non soddisfino il paziente. In special modo nelle aree geografiche più povere del Paese, ove il bisogno economico ... acuisce determinati istinti predatori.

A.M.A.M.I. si è posta fra gli obiettivi principali proprio quello di porre un argine, fermo e perentorio, sensibilizzando l'opinione pubblica con dibattiti e convegni, prestando assistenza costante al medico accusato ingiustamente, proponendo al legislatore una via alternativa a

quella giudiziaria con la proposta di accordo arbitrale in sede civile. Soprattutto, A.M.A.M.I. presta oggi assistenza al medico che intende agire in giudizio per rivalsa.

E' proprio questo il nodo del problema: quando un medico può agire in rivalsa e, nell'eventualità affermativa, nei confronti di quali soggetti? Richiedendo cosa?

Il medico può certamente rivalersi nei confronti del cittadino o dell'operatore che lo ha ingiustamente trascinato in un processo. Occorre la coeva sussistenza di due condizioni:

-una sentenza passata in giudicato (la *res iudicata pro veritate habetur, sed est veritas* di Ulpiano), che dia contezza dell'ingiustizia dell'azione incolta;

-il verificarsi di un danno, vale a dire che il medico prosciolto con sentenza passata in giudicato, abbia subito un danno patrimoniale, biologico, morale o c.d. "esistenziale" e che sia in grado di provare detto danno.

Quanto alla richiesta risarcitoria, il parametro della prova del danno patito diviene assorbente.

Una volta incardinata l'azione risarcitoria, il medico, sotto il profilo squisitamente morale, dovrà fare un robusto esercizio di pazienza per non farsi condizionare dalle provocazioni che quotidianamente gli arrivano dalla società speculativa e opportunistica dei nostri giorni, rifacendosi ai propri criteri professionali e deontologici che peculiarizzano la sua figura e che sono ben noti anche al deducente, figlio di un medico condotto di tanti anni fa.

Forte dei valori della deontologia potrà continuare a professare la più nobile delle arti con serenità, senza paure e vittimismo, confidando principalmente in sé stesso e nel proprio operato. Attendendo eventualmente la giustizia degli uomini, prima... dell' "Unico Giudizio" di Verità esistente.

Roma, 12 marzo 2004

**Avv. Paolo Vinci**