

## Il danno differenziale come paradigma di un possibile superamento del sistema percentualistico nella valutazione del danno biologico.

di Gian-Aristide Norelli\*, Edoardo Orlandi\*\*, Simone Grassi\*\*\* e Vilma Pinchi\*\*\*\*

**Abstract IT:** *Nell'articolo gli autori commentano le principali sentenze di Cassazione aventi come oggetto il danno differenziale (n. 28986/2019 e n. 26117/2021). Partendo da alcune considerazioni sulla materia, si delimita la difficoltà innanzitutto nell'astrarre il valore dell'invalidità preesistente. Poi, si sottolinea che anche menomazioni attualmente definibili "non organiche" possano essere oggetto di valutazione medico-legale. Quindi, si sottolineano le principali limitazioni del metodo di quantificazione percentualistica dei quadri menomativi. Il sistema percentualistico valorizza maggiormente i distretti che erano nodali nella vita sociale e segnatamente lavorativa dei secoli scorsi, nonché non consente di personalizzare in modo standardizzato la valutazione sulla base delle singolarità del caso specifico. Gli autori propongono dunque l'apertura di un dibattito su modelli valutativi riformativi rispetto all'attuale, con l'adozione di valutazioni descrittivo-qualitative soprattutto per i bassi gradi di invalidità e la previsione esplicita dei più frequenti quadri compositi/complessi di invalidità in alternativa all'attuale sistema bottom-up.*

**Abstract EN:** *In this paper the authors comment the main rulings of the Italian Supreme Court regarding the so-called "danno differenziale" (n. 28986/2019 and n. 26117/2021). Starting from some considerations on this matter, it is discussed the complexity of inferring on the value of the pre-existing invalidity. Then, it is commented that even the so-called "non-organic" impairments can be assessed by a forensic expert. Hence, the issues related to the percentage quantification of the invalidity. Indeed, this method was ideated to maximize compensations for the impairments of the districts that were crucial in the social life and in the working conditions of the past centuries, failing also to allow a standardized personalization of the evaluation on the basis of the singularity of the specific case. The authors propose to open a debate over possible models to reform the current system, with the adoption of descriptive-qualitative evaluations especially for low grades of permanent impairment and the explicit indications for the commonest composite/complex conditions of invalidity as an alternative to current bottom-up system.*

---

\* Professore Emerito di Medicina Legale, Università degli Studi di Firenze.

\*\* Assegnista di ricerca in Anatomia Patologica, Università degli Studi di Firenze.

\*\*\* Ricercatore in Medicina Legale, Università degli Studi di Firenze.

\*\*\*\* Professoressa ordinaria di Medicina Legale, Università degli Studi di Firenze.

**Sommario:** 1. Danno differenziale e maggior danno. – 2. Valutazione dello stato anteriore. – 3. La Giurisprudenza ed il calcolo differenziale. – 4. Differenziale di danno, inabilità preesistente e ruolo del Medico Legale. – 5. Spunti di riflessione per una nuova dottrina.

### **1. Danno differenziale e maggior danno**

L’attenta lettura di alcune sentenze della Corte di Cassazione<sup>1</sup> in cui si enfatizzano incomprensioni, di sostanza e di metodo, fra la Medicina Legale e la Giurisprudenza, impone alcune puntualizzazioni relative ad aspetti non marginali che investono, addirittura, categorie essenziali della più classica dottrina medico-legale, quali il cosiddetto “danno differenziale”, la nozione di concausa e la stessa metodologia di valutazione del danno in R.C., il forzato ed inaccettabile riferimento alla sola “causalità organica” della menomazione come limite alle potenzialità del medico legale.

In tema di danno differenziale, anzitutto, si ricorda a noi stessi l’errore di far confluire nel concetto

di “danno differenziale” anche quello di maggior danno, applicando ad entrambe le fattispecie il calcolo differenziale, ossia sottrarre al valore economico riconosciuto ad una invalidità complessa quella parte relativa alla invalidità che non si ritenga essere oggetto di risarcimento in quanto virtualmente (maggior danno) o concretamente (danno differenziale) preesistente<sup>2</sup>. Dal punto di vista biologico e per la Medicina Legale se l’invalidità preesistente era stabilizzata si può propriamente parlare di danno differenziale fra questa e la invalidità complessiva conseguenza di successiva menomazione. Diversa è la circostanza per cui, a fronte di un quadro lesivo preesistente e non ancora stabilizzato, interviene un successivo evento, da cui discende una menomazione complessa e, quindi, una invalidità superiore a quella che sarebbe derivata, in via di mera ipotesi prognostica dai singoli quadri lesionali, si deve parlare propriamente di maggior danno. Infatti, se un’entità non è mai esistita perché non si è mai concretizzata in quell’individuo, dovrebbe essere improponibile sottrarla da un’altra entità (invalidità risultante) che invece è l’unica che si è concretamente prodotta.

In altri termini, per la Medicina Legale, si può parlare di “danno differenziale” in senso stretto solo allorché le invalidità considerate sono policrone, cioè si sono prodotte in tempi e per causalità differenti, per cui esiste una invalidità stabilizzata preesistente su cui si innesta una ulteriore causalità lesionale, che, in ragione della invalidità preesistente, amplifica i propri effetti menomativi e quindi della invalidità complessiva<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cass. Civ. sez. III, 11/11/2019, n.28986; Cass. Civ. sez. III - 27/09/2021, n. 26117.

<sup>2</sup> Cfr. nt. *supra*.

<sup>3</sup> R. MALCONTENTI, P. BONSIGNORE, A. BONSIGNORE, *Il risarcimento del danno alla persona presso il Tribunale di Genova*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2004, 227.

Se l'invalidità è monocrona, invece, cioè prodottasi in conseguenza di più lesioni che la hanno concausata, ma la stabilizzazione degli esiti si determina in un tempo unico ed un quadro menomativo complessivo e maggiore di quanto le diverse lesioni avrebbero singolarmente causato, si parlerà di maggior danno. Sia che ci si trovi dinanzi ad un danno differenziale, nei termini che si sono sopra richiamati, sia che si intenda riferirsi ad un maggior danno, la materia si presta a spunti di interesse soprattutto dottrinario, sul piano dell'impegno medico-legale, cui segue, certo non per importanza, lo scoglio della metodologia risarcitoria, che pone talora in conflitto la Medicina Legale e la Giurisprudenza.

## **2. Valutazione dello stato anteriore.**

Prendendo spunto dalla stessa Sentenza della Cassazione Civile n. 28986/2019<sup>4</sup>, particolare attenzione merita la puntualizzazione ivi operata fra causalità giuridica e causalità biologica che, richiamando altre e più risalenti pronunce, rifugge da teorie c.d. unitarie della causalità.

Certamente nessun problema evoca la valutazione medico-legale a fronte di concause di lesione, stante il ben noto richiamo all'art. 41 c. p., che – nella cornice del sistema condizionalistico – rappresenta ormai momento irrinunciabile del ragionamento medico-legale in tutti gli ambiti di valutazione<sup>5</sup>. Invece, le concause di invalidità evocano molti problemi valutativi, anche con riferimento alle indicazioni dettate al medico legale dalla recente giurisprudenza della Cassazione Civile<sup>6</sup>, laddove si dice che una invalidità, per essere valutata come danno differenziale od anche come maggior danno, deve essere concorrente con l'altra che preesiste o che avrebbe potuto preesistere se avesse avuto il tempo di stabilizzarsi, prima dell'occorrenza della lesione successiva.

È diffusa opinione che una diversificazione fra coesistenza e concorrenza di invalidità, dopo l'avvento, ormai quasi quarantennale, del danno biologico come elemento più significativo del risarcimento all'interno del danno extrapatrimoniale, dovrebbe ormai intendersi come anacronistica, dato che le funzioni organiche sono in stretta e polivalente relazione tra loro e lo stesso oggetto della percezione dell'esaminatore non è che il risultato (dis)funzionale del complesso dell'organismo piuttosto che di singole, ermeticamente isolate, funzioni. L'organismo, indubbiamente, è entità univoca e neppure funzionalmente divisibile, per cui fallace ne è la diversificazione in apparati e sistemi sin qui adottata, come entità risarcibile, quasi che gli stessi potessero operare in modo autonomo ed indipendente tra loro. Del pari, i concetti medico-legali di “coesistenza” e “concorrenza” di menomazione, per così dire, con impianto biologico-naturalistico appaiono ontologicamente diversi rispetto a quelli con impianto giuridico di cui alla recente Giurisprudenza della Suprema

---

<sup>4</sup> Cass. Civ. sez. III, 11/11/2019, n.28986.

<sup>5</sup> M. CAPUTO, voce *Colpa Medica*, in *Enc. dir.*, Milano, 2021; P. LIBECCIO, *Sulla rilevanza della concausa naturale nella responsabilità extracontrattuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2/2021, p. 656 ss.

<sup>6</sup> Ex multis: Cass. Civ. sez. III, 11/11/2019, n.28986; Cass. Civ. sez. III – 15/01/2020, n. 514; Cass. Civ. sez. III - 27/09/2021, n. 26117; Cass. Civ. sez. VI, 29/09/2022, n. 28327; Cass. Civ. sez. III – 28/06/2023, n. 18442.

Corte di Cassazione Civile, laddove si legge<sup>7</sup> che: *“In particolare, quella "coesistente" è, di norma, irrilevante rispetto ai postumi dell'illecito apprezzati secondo un criterio controfattuale (vale a dire stabilendo cosa sarebbe accaduto se l'illecito non si fosse verificato) sicché anche di essa non dovrà tenersi conto nella determinazione del grado di invalidità permanente e nella liquidazione del danno; viceversa, secondo lo stesso criterio, quella "concorrente" assume rilievo in quanto gli effetti invalidanti sono meno gravi, se isolata, e più gravi, se associata ad altra menomazione (anche se afferente ad organo diverso) sicché di essa dovrà tenersi conto ai fini della sola liquidazione del risarcimento del danno e non anche della determinazione del grado percentuale di invalidità che va determinato comunque in base alla complessiva invalidità riscontrata in concreto, senza innalzamenti o riduzioni”*.

La “coesistenza” e “concorrenza” giuridiche sono manifestamente riferite, rispettivamente, al non verificarsi o verificarsi di un aggravamento dell'evento dannoso “ingiusto”, che, tolto (secondo ragionamento controfattuale) l'illecito, si sarebbe o non si sarebbe determinato con analoga intensità menomante. All'esito del ragionamento controfattuale, il Medico Legale dovrebbe limitarsi ad indicare se vi sia stato o meno un aggravamento per il sovrapporsi di una o più menomazioni sopravvenute rispetto a pre-esistenze spontanee o dovute a pregresso illecito. Il concetto di concorrenza, dal punto di vista biologico-medico-legale, di necessità dovrebbe proporsi con riferimento all'unicum globale biologico del danneggiato, che assurge a regola e relega la coesistenza ad eccezioni quasi teoriche.

Del resto, non v'è chi possa negare - come in maggior dettaglio si discuterà più avanti - che è proprio il sistema tabellare attualmente in uso (barèmes medicolegali e le tabelle attuariali che ad essi si conformano) che impone una rappresentazione separata in distretti, apparati e funzioni - e quindi tende a far “apparire” come separate/coesistenti infermità e menomazioni conseguenti, che nella prospettiva di un unicum biologico della persona, in realtà non lo sono quasi mai.

Con riferimento alla valutazione delle invalidità complessive, poi, che la Suprema Corte richiede al Medico Legale di valutare “senza innalzamenti o riduzioni”, vale la pena sinteticamente discutere, posti il sistema percentualistico ed i barèmes di riferimento per la valutazione del danno biologico permanente, le due metodologie di più corrente uso per la valutazione medico-legale del danno differenziale (che, per quanto prima detto, è da riferire alle sole condizioni ove vi sia concorrenza tra menomazioni policrone). L'approccio che si può definire “tradizionalista”, che considerata la menomazione sopravvenuta e la valutazione percentualistica “standard” conferita dai barèmes alla medesima, la incrementa in considerazione della menomazione pre-esistente e concorrente (per cui ad esempio una menomazione che in un soggetto sano avrebbe prodotto una invalidità del 15% può essere valutata il 20% in ragione della maggiore portata menomante dovuta alla concorrenza con la pre-esistente invalidità).

Il secondo approccio - cosiddetto “innovativo” -, che parzialmente corrispondente alle predette recenti indicazioni della Suprema Corte, prevede

---

<sup>7</sup> Cass. Civ., sez. VI, 29/09/2022, n. 28327, cit.

invece che si fornisca una doppia valutazione percentualista: della invalidità preesistente (ad esempio 40%) e del gradiente (delta) di invalidità dovuto alla invalidità sopravvenuta (ad esempio 8%), partendo dalla valutazione della invalidità complessiva (con l'effetto che quel gradiente va calcolato- dal punto di vista attuariale- applicando la tabella tra il 40% ed il 48%).

Entrambi i metodi prevedono delle “ricalibrizioni” delle stime percentuali delle invalidità, poco standardizzabili e quindi gravate da oscillazioni che dipendono dalle condizioni biologiche del soggetto (variabilità interindividuale) e del valutatore (variabilità inter-operatore). Il fattore che però si ritiene maggiormente influente è la necessità (*rectius* l'obbligo) per il medico legale di riferirsi a sistemi tabellari (barèmes) costruiti secondo ineludibili criteri geometrici e con parametri rigidamente ancorati a singole invalidità distinte per apparato, funzione ed organo, al di là dei quali la valutazione può procedere solo per “aggiunta” in specie proprio per le invalidità complesse (complesive) e policrone. Il riferimento ai barèmes come meramente indicativi e costruiti per aiutare il medico legale nella valutazione (e non per limitarne l'autonomia di espressione in termini di valutazione del danno alla persona) si è ormai spesso perduto nella pratica professionale, nel momento in cui è sempre più definita la tendenza del Giudice di porre nel quesito l'obbligo per il CTU di dichiarare i barèmes di riferimento adottati nella valutazione del danno e di indicare le fonti bibliografiche di riferimento.

Stante i riferimenti percentualistici, il metodo tradizionale è quello sovente favorito nella pratica medico-legale, nel momento in cui tiene conto del valore percentuale da attribuire- secondo barèmes- alle singole menomazioni e del rilievo effettivo da conferire ad esse nel computo complessivo della invalidità, riferita alle attività che il soggetto non è più in condizioni di svolgere. *I pro* del metodo risiedono nella maggiore conformità alle previsioni tabellari per le singole infermità, pur adeguate, avendo bene a mente lo stato anteriore e la perdita *effettiva* subita in conseguenza della realtà menomativa risultante tra menomazione pre-esistente e quella sopravvenuta (che sovente in ragione della prima si potenzia nei suoi effetti).

I limiti del metodo sono rappresentati da un difetto di standardizzazione nella quota di maggiorazione che si intende conferire alla invalidità susseguente e pertanto alla sua valutazione complessiva, posto che nei barèmes medicolegali attuali mancano voci tabellari per infermità composite o complesse e, per derivazione dall'impostazione generale dell'attuale sistema valutativo, non sono previste categorie riferite alla disabilità indipendentemente dalle singole e specifiche infermità.

Il metodo “innovativo” potrebbe erroneamente sembrare, dunque, *prima facie* più “oggettivo” rispetto al precedente: si stima l'invalidità finale attuale, quindi si stima la invalidità pre-esistente, per cui – correttamente – la “perdita” da risarcire in conseguenza della condotta sopravvenuta è rappresentata dalla stima della differenza monetaria tra la invalidità complessiva e la pre-esistenza. A margine - e come si dirà anche più avanti - non si coglie la differenza tra il

calcolare come sembra suggerire la S.C.<sup>8</sup> – sempre nel nostro esempio – un 8% applicando la tabella attuariale dal 41esimo punto al 48esimo oppure – nel tradurre in denaro il 40% , il 48% ed operare la sottrazione tra le due entità economiche. Tale metodo, peraltro, è gravato da maggiore soggettivismo rispetto al metodo tradizionale, per il calcolo di quel gradiente di menomazione dovuto all’invalidità sopravvenuta e legato proprio ai criteri di costruzione dei sistemi tabellari per le invalidità, che, giova ricordarlo, informano le tabelle attuariali di traduzione monetaria del danno biologico permanente (e non il contrario). Nello specifico, un’importante critica avverso il metodo innovativo è che esso finisce per promuovere non un esatto ristoro delle conseguenze immediate e dirette della lesione del bene giuridicamente tutelato (come vorrebbe l’art. 1223 c.c.), bensì un trasferimento di ricchezza di quantità aggravata per il solo fatto che il danneggiante è intervenuto su una condizione già menomata<sup>9</sup>.

Notoriamente i barèmes medicolegali hanno intrinseci ed ineludibili criteri “geometrici” di costruzione:

- la tabella è costruita secondo una curva ed approssima al 100%. I punti percentuali devono essere immaginati come scatole via via più grandi ovvero che contengono una quota sempre maggiore di menomazione/invalidità man mano che si sale nella curva. Un punto percentuale ha un contenuto variabile di invalidità a seconda dell’area della curva in cui si considera. Il concetto è colto anche dalla S.C. quando afferma che i punti percentuali di invalidità sono uguali solo per l’espressione numerica, ma non per la realtà menomativa cui dovrebbero corrispondere: “*Un punto di invalidità è uguale a quello cui si somma solo nella sua espressione numerica (che progredisce aritmeticamente), non nel sostrato reale (l’entità delle rinunce corrispondenti) che concorre a rappresentare, né, parallelamente, nella sua traduzione monetaria.*”<sup>10</sup>.

- Le valutazioni percentuali delle invalidità di cui ai barèmes medicolegali partono tutte dallo zero. Non si hanno tabelle di “equivalenze” per cui quella stessa menomazione che occupa “tutta la scatola” dei primi 5 punti, “riempie soltanto 1-2 scatole” (quindi 1-2 punti), se valutata a partire ad esempio dal 50% di pre-esistenza, financo a dire che potrebbe risultare irrilevante su un soggetto già grandemente invalido (90% di danno biologico permanente).

In questo senso è quantomai complesso per un medico legale dare fondamenti anche para-oggettivi ad una stima (del gradiente o delta) con parametri (tabellari) che sono fabbricati per partire da zero, con operazioni che per necessità non possono che essere di aggiunta (di invalidità sopravvenute) e, quindi, di rivalutazione complessiva.

---

<sup>8</sup> Cass. Civ. sez. III - 27/09/2021, n. 26117.

<sup>9</sup> C. ZOGHERI, *Una sostanziale sovrapposizione: note sul danno biologico da menomazioni concorrenti*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2/2022, 468 ss.

<sup>10</sup> Cass. Civ. sez. VI – 29/09/2022, n. 28327, cit.

D'altronde non è possibile procedere sovrapponendo quelli che qui abbiamo indicato come metodo "tradizionale" ed "innovativo", perché si genererebbe una evidente duplicazione del risarcimento. Reiterando il primo esempio se, in ragione della pre-esistenza una invalidità è stata valutata il 20% (invece che il 15% come si sarebbe valutato nel soggetto senza quella concorrenza), posta una pre-esistente invalidità del 18%, non si potrà da un lato maggiorare la valutazione e dall'altro applicare la tabella attuariale tra il 18% ed il 38%, perché la invalidità sarebbe stata "rivalutata" con maggiorazione per due volte.

Poste tali premesse, dunque, appare proprio la metodologia valutativa tramite barèmes che sembra dover essere riformata, nel momento in cui, avendosi a modello di riferimento il differenziale di danno, induce a esprimere valutazioni di significato incerto, per quanto attiene le preesistenze e le singole componenti dell'invalidità complessiva, e propone una valutazione della invalidità che ulteriormente tiene conto di esse, tanto da avere una resultante di invalidità priva delle migliori caratteristiche di equità e di dimostratività probatoria.

Quanto, poi, alla oggettività della valutazione della concorrenza, qualora si debba riferirsi al maggior danno, appare evidente come il riferimento a "standard" percentuali appare approssimativo, nel momento in cui la invalidità non si è stabilizzata e quindi non ha potuto subire un momento accertativo definito e ben riproducibile e qui l'evidente incertezza del Diritto è enfatizzata dall'errore evidente di interpretazione, da parte della Giurisprudenza, fra quello che si è definito "danno differenziale propriamente detto" ed il "maggior danno", nel momento in cui si confonde fra concause di lesione (produttive di un unico grado di invalidità) e concause di menomazione che determinano, siano spontanee o provocate da condotta anti-giuridica, gradi successivi di invalidità.

### **3. La Giurisprudenza ed il calcolo differenziale.**

La Sentenza del 2019<sup>11</sup> descrive quanto dovrebbe richiedersi al Medico Legale, delimitandone, attraverso una analitica esposizione, l'operato. Si legge in Sentenza, infatti, come l'accertamento del danno alla salute, in presenza di postumi permanenti anteriori all'infortunio ed in rapporto di concorrenza con quest'ultimo, imponga al medico-legale una duplice valutazione: la prima, circa il grado di invalidità permanente complessivo presentato, e la seconda, relativa alla quantificazione percentuale del grado di invalidità preesistente all'evento. L'osservazione che immediatamente deve porsi è che la Cassazione deduce una metodologia nella valutazione del danno che è poco comprensibile. Sembra quasi, infatti, che la "valutazione complessiva" della invalidità debba e possa derivare dalla applicazione dei barèmes medico-legali, non solo senza considerarsi alcuna variazione, rispetto alla "misura standard", delle singole infermità e delle menomazioni conseguenti, ma soprattutto trascurando che non esistono- nei medesimi barèmes- i riferimenti per molte invalidità complesse-complesive, per cui – allo stato attuale- non rimane al medicolegale che optare

---

<sup>11</sup> Cass. Civ. sez. III, 11/11/2019, n.28986.

caso per caso per il metodo “tradizionale” o per quello “innovativo”, con tutti i limiti noti e sopra pur sommariamente richiamati.

Giova ancora ribadire, inoltre, che la valutazione del danno non è mai la pedissequa applicazione del barèmes. La misura percentuale della invalidità complessiva discende dalla considerazione, prima accertativa e poi valutativa, delle singole menomazioni che la compongono e delle interferenze che tra di loro esistono. Tanto che alla stima della invalidità complessiva non si può che pervenire considerando anzitutto le singole menomazioni, con le proprie graduazioni di gravità ed i relativi range di valori standard previsti dal barèmes medicolegali, per poi procedere valutando la somma degli effetti delle diverse menomazioni e le sinergie che fra le singole menomazioni intervengono, fino alla espressione della sintesi complessiva della percentuale di danno biologico. Senza dimenticare i più importanti presupposti sottesi all'accertamento ed alla valutazione - e cioè lo stato anteriore, da cui discende la menomazione effettiva che subisce il soggetto misurata sulle attività prima effettivamente assolute e la personalizzazione della invalidità riscontrata che mantiene alla valutazione civilistica una parvenza, quantomeno, di identità risarcitoria.

Le percentuali (*rectius* i range di percentuali) proposte dai barèmes per le singole menomazioni, a prescindere dal fatto che sono meramente indicative, rappresentano la semplice proposta di una sorta di riconoscimento convenzionale del valore percentuale che si è inteso ascrivere alle singole menomazioni, la cui elaborazione (e non la semplice sommatoria) fornisce il quadro percentualistico complessivo, del tutto convenzionale (come convenzionali sono le tabelle di valutazione del danno), che corrisponde a quanto di più vicino può evocarsi in un modello risarcitorio come l'attuale riferito alla perdita di integrità della persona, in una dinamica di stima dei riflessi anatomici e del sinergismo funzionale che le diverse menomazioni comportano in riferimento all'organismo nel suo insieme.

Delle due, pertanto, l'una: o si chiede al Medico Legale di limitarsi all'accertamento delle singole infermità ed alla descrizione in termini qualitativi dei riflessi anatomo-funzionali sull'organismo (onde il “grado” della invalidità non potrebbe che discendere in termini di aggettivazione - lieve, minima, modesta, grave, ecc.); ovvero, se si intende mantenere il modello valutativo tramite barèmes, non può che chiedersi al Medico Legale di procedere all'accertamento ed alla valutazione complessiva, senza caratterizzazioni aritmetiche o limitazioni di sorta nella misura in cui il valore percentuale della risultante di invalidità (ed in tal senso il “grado” diviene esprimibile come misura quantitativa) rappresenta la sintesi derivante dalla elaborazione dei riflessi delle singole menomazioni sul complesso generale dell'organismo.

Il danno alla salute, poi, consiste in una perdita - e tale perdita, trattandosi di situazioni in cui si deve proporre un differenziale di danno, può richiedere diverse metodologie di valutazione. Recita la Sentenza del 2019<sup>12</sup>, infatti, che il *“grado percentuale di invalidità permanente sofferta da persona già menomata, quando lo stato anteriore della vittima non abbia inciso in alcun modo sui postumi concretamente prodotti dal*

---

<sup>12</sup> Cass. Civ. sez. III, 11/11/2019, n.28986.

*secondo infortunio, va determinato come se a patire le conseguenze fosse stata una persona sana, in virtù della inesistenza di causalità giuridica tra stato anteriore e postumi?*

La deduzione appare naturale, posto che, nel caso in cui non esistano concause preesistenti di inabilità, il danno deve essere misurato sulle conseguenze esclusive causate dalla condotta, dovendosi e potendosi risarcire solo le conseguenze immediate e dirette della lesione del bene giuridicamente tutelato (principio, di cui all'art. 1223 cc, che regola la cd "causalità giuridica"). Il differenziale di danno deve, invece, prospettarsi quando la menomazione preesistente/concorrente abbia in qualche modo amplificato la portata menomativa dell'illecito, ovvero quelle che la Sentenza definisce le "forzose rinunce" (v. infra).

Sulle caratteristiche del danno da risarcire, ove si argomenti in presenza di concause di inabilità, non sembrano esistere sostanziali incomprensioni fra la Giurisprudenza e la Medicina Legale, se non altro per la necessità di doversi procedere a sottrazione dal risarcimento complessivo, di quanto non sia in realtà meritevole di ristoro, non essendo la conseguenza di un illecito sofferto. Quanto al metodo medico-legale, però, la Giurisprudenza fornisce sostanziali e non del tutto condivisibili, puntualizzazioni.

Secondo la Giurisprudenza *"il medico-legale resta sempre obbligato ad indicare il criterio adottato per pervenire alla determinazione del grado di invalidità permanente e il barème cui ha fatto riferimento"*. In assenza di tali precisazioni, prosegue la Corte, *"sarebbe preclusa al giudice la possibilità di ripercorrere l'iter logico seguito dal medico-legale, e quindi di valutare la correttezza del suo operato"*.

Al Medico Legale sarebbe quindi demandato il compito di misurare l'incidenza della menomazione sulla vita della vittima attraverso una menomazione percentuale che viene a rappresentare non il valore numerico corrispondente al danno da liquidare, ma una sua unità di misura. Pertanto, riprendendo il testo della Sentenza, *"quella misurazione non può dunque che avvenire al netto di qualsiasi valutazione giuridica circa l'area della risarcibilità, onde evitare che delle preesistenze si finisca per tenere conto due volte: dapprima dal medico-legale, quando determina il grado percentuale di invalidità permanente; e poi dal giudice, quando determina il criterio di monetizzazione dell'invalidità"*. Il Giudice della S.C., tuttavia, richiede al medicolegale due "misurazioni" del danno – espresse in percentuali di invalidità rispettivamente della preesistenza e quindi della invalidità globale finale il tutto senza operare alcun aumento o variazione della stima: *"In conclusione, l'accertamento del danno alla salute in presenza di postumi permanenti anteriori all'infortunio, i quali siano in rapporto di concorrenza con i danni permanenti causati da quest'ultimo, richiede al medico-legale di valutare innanzitutto il grado di invalidità permanente obiettivo e complessivo presentato dalla vittima, senza alcuna variazione in aumento od in diminuzione della misura standard suggerita dai barème medico-legali, e senza applicazione di alcuna formula proporzionale. Gli richiederà poi, come si dirà tra breve, di quantificare in punti percentuali, il grado di invalidità permanente della vittima prima dell'infortunio, e fornire al giudice queste due indicazioni"*.

Indubbio è il ruolo della Medicina Legale nell'accertamento della menomazione e nella descrizione puntuale che deve farne; una descrizione che nessuno può negare che deve concernere l'aspetto anatomico della menomazione medesima

ed i suoi riflessi funzionali. Nessun dubbio, ulteriormente, permane sulla necessità che la valutazione riguardi, con tutte le difficoltà valutative proprie alle invalidità complessive/complesse, la menomazione globale. Del pari indubbio, almeno per gli autori, è che le maggiori difficoltà si concentrano prima che nella stima (economica) della componente risarcibile della menomazione, anzitutto nella metodologia medicolegale con cui si perviene alla misura della stessa.

In tal senso e come già si è detto, in caso di maggior danno si ha la descrizione dell'invalidità complessiva, nel senso di attuale e definitiva. La quota che potrebbe ritenersi causalmente non riconducibile all'illecito è quella componente, meramente teorica, rappresentata dalla invalidità che in ogni modo sarebbe reliquata alla prima lesione. Una invalidità, dunque, che è categoria potenziale e non effettivamente stabilizzatasi (non a caso correttamente definita dalla Corte "*astratta ed ipotetica*"), nel momento in cui la progressione lesionale è stata resa più complessa dall'illecito sopravvenuto.

Considerate le concause di lesione produttive del danno finale, tutte giuridicamente responsabili dell'intero evento, ciascuna è tenuta a risarcire la sola quota ascrivibile causalmente alla condotta rappresentata. La Sentenza n. 26117/2021<sup>13</sup> indica il calcolo differenziale anche in caso di maggior danno rilevando che "*...il danno c.d. iatrogeno (e cioè l'aggravamento, per imperizia del medico, di postumi che comunque sarebbero residuati, ma in minor misura) va liquidato monetizzando il grado complessivo di invalidità permanente accertato in corpore; monetizzando il grado verosimile di invalidità permanente che sarebbe comunque residuato all'infortunio anche in assenza dell'errore medico; detraendo il secondo importo dal primo.*" In sintesi, la Suprema Corte indica che il calcolo differenziale (delle entità economiche) sia da applicarsi non solo in caso di invalidità policrone (danno differenziale sensu strictu per la Medicina Legale), ma anche in casi di invalidità monocrone (maggior danno per la Medicina Legale), con la differenza che il Medico Legale è chiamato:

- nel primo caso a valutare l'invalidità pre-esistente e quella globale finale che è la resultante della invalidità pre-esistente più la sopravvenuta – normalmente dal punto di vista biologico- aggravata proprio dalla pre-esistenza in un quadro di concorrenza
- nel secondo caso a valutare l'invalidità che teoricamente si sarebbe verificata se il secondo quadro lesionale non vi fosse stato e l'invalidità globale finale, che in questo caso è la risultante di due quadri lesionali sovrapposti che esitano in un unico, ancorché complesso e composito quadro menomativo finale.

In quest'ultimo caso (maggior danno) il calcolo differenziale penalizza, dal punto di vista risarcitorio, i quadri lesionali intervenuti successivamente rispetto ai precedenti, secondo un ragionamento poco sostenibile dal punto di vista biologico per due ordini di motivi. In primo luogo - e come già detto, perché la stima dei postumi che "sarebbero" derivati se il susseguente quadro lesivo non fosse intervenuto si basa su una forzata ed arbitraria astrazione per cui il Medico Legale sarebbe chiamato a ricostruire dal punto di vista naturalistico non più

---

<sup>13</sup> Cass. Civ. sez. III - 27/09/2021, n. 26117.

uno (nesso di causa), ma addirittura due termini della catena causale (danno ipotetico e nesso di causa di questo con l'illecito), per entrambi i quali si dovrebbe ragionare in termini probabilistici di verifica in aderenza con il criterio del più probabile che non. Ne conseguirebbe, in sostanza, una equazione di tre termini con due variabili da predire da parte del Medico Legale, il quale dovrebbe- per affermarne la ricorrenza- anzitutto attribuire una probabilità al nesso di causa che per rimanere affermato è sufficiente che sia più probabile del suo contrario (ragionamento controfattuale), e poi soprattutto accertare la probabilità prevalente (> 50%) di una stima percentuale (x% di invalidità ipotetica) rispetto alla probabilità del verificarsi delle invalidità/stime viciniori (x -/+ 1 punto %). L'incertezza sia strettamente scientifica che biologica risultante dalla combinazione di tale doppia predizione appare evidente ed inaccettabile. Dal punto di vista scientifico si tratta di combinare due probabilità – di verifica del nesso e di quei postumi cui si è attribuita una precisa stima percentuale di invalidità (%), di due variabili (nesso e danno ipotetico) che peraltro sono dipendenti tra di loro (la probabilità del nesso oscilla in relazione agli ipotetici scenari di danno che il Medico Legale si deve prefigurare per individuare (*rectius* tentare di individuare) il danno ipotetico più probabile). L'incertezza “scientifica” di tale doppia predizione esplose oltre i livelli di minima accettabilità, in specie in un sistema risarcitorio, laddove sia – come deve essere- trasferita in un ambito biologico di un organismo che già di partenza è caratterizzato da variabili biologiche proprie (fisiologiche, dovute a patologie, invalidità pregresse, ecc.) su cui agiscono due o più quadri lesivi in sequenza senza guarigione e stabilizzazione intermedia.

In secondo luogo, il calcolo differenziale applicato al maggior danno penalizza, come si è detto, il secondo illecito (ossia il secondo danneggiante), perché l'invalidità globale finale è il prodotto del susseguirsi di lesioni, per cui ed al contrario di quanto dovrebbe sostenersi per il calcolo differenziale, si potrebbe ben dire dal punto di vista biologico che quelle lesioni che intervengono in fasi successive sono anzi “sfavorite” in quanto impattano su un organismo già lesa e la cui resistenza era già ridotta dal precedente quadro lesivo ancora in corso. In tal senso la dottrina giuridica dovrebbe considerare la possibilità di ricorrere ad altro tipo di ripartizione dell'entità risarcitoria derivante dal sovrapporsi di quadri lesionali sia mono sia poli-distrettuali/funzionali, considerando che sia gli stessi sia i postumi da essi derivanti, reciprocamente si influenzano nell'organismo attinto, per pervenire ad una invalidità finale, che non esisterebbe con quella modalità ed intensità se uno di questi quadri non si fosse verificato. In definitiva per il maggior danno, il calcolo differenziale potrebbe, e a nostro parere dovrebbe, lasciare il posto al calcolo proporzionale, ovvero proporzionando l'entità economica della invalidità finale globale considerando l'incidenza che i singoli quadri lesionali, indipendentemente dalla loro successione temporale, hanno avuto nel determinismo del quadro menomativo finale. Si potrebbe arguire che anche la “riproporzione” (in parti o in quote) dell'invalidità complessiva tra i due quadri lesionali richiede al Medico Legale un'astrazione, gravata da errore simile a quello in cui incorrerebbe laddove si

richiede di “immaginare” i postumi del primo quadro lesivo se non vi fosse stato il secondo.

Tali due “errori” sono invece solo apparentemente simili, per due ordini di motivi. Anzitutto nel caso di riproporzione i postumi si sono tutti verificati ed alcuni quadri di aggravamento – potenziamento reciproco possono essere manifesti nel contesto dell’invalidità globale e, quindi, aiutare nell’individuazione della quota della invalidità finale all’uno o all’altro evento lesionale. In secondo luogo, l’errore di stima nella ripartizione tende a distribuirsi tra i vari illeciti e non gravare certamente in modo prevalente sul secondo, come avviene nel caso in cui si applicasse il calcolo differenziale, che si basa sull’assunto – per lo più erroneo in ambito biologico – che la lesione precedente non possa potenziare gli effetti di quella sopravvenuta.

Per quanto attiene il danno differenziale, la Medicina Legale per anni ha valutato la componente risarcibile secondo i due metodi “tradizionale” o “innovativo” di cui si è già discusso e che poco si attagliano entrambi all’invito che la recente Giurisprudenza muove alla Medicina Legale, ovvero a non operare né maggiorazioni né riduzioni né sottrazione alcuna di percentuali di invalidità, posto che aggiustare il risarcimento secondo i presupposti esatti della causalità e del valore economico del risarcibile e del risarcito è onere esclusivo del diritto. L’invito appare corretto e condivisibile, come corretto e comprensibile è che la sottrazione dovrebbe eseguirsi togliendo il risarcibile (teorico o effettivo in termini monetari) che può ascriversi a conseguenza dell’antecedente lesivo, dalla valutazione complessiva del danno espresso nei medesimi termini.

Il punto è come il Medico Legale può pervenire alla stima della invalidità complessiva con gli strumenti e la metodologia valutativa correnti.

Non v’è chi non veda, infatti, che la dizione impiegata per operare la valutazione complessiva, che è nozione corretta e giusta ed anche adottata più volte dal Legislatore, è concetto che la Medicina Legale può e deve ammettere nel sistema di valutazione, nella misura in cui la invalidità complessiva non deve (*rectius*: non dovrebbe) derivare da una sintesi (per non definirla sommativa) delle singole menomazioni, bensì da un apprezzamento globale della invalidità unitariamente intesa.

Indubbiamente il concetto è vero sul piano teorico, ma applicabile nei soli casi in cui la lesione interessi l’ambito organismico nella sua globalità. Ma di fronte ad una invalidità complessa, che rappresenti l’espressione di menomazioni plurime concorrenti fra loro ed interessanti organi ed apparati diversi, anche se fra loro funzionalmente concorrenti, come si può, nell’esprimere la valutazione complessiva, prescindere dalla sinergia fra le singole infermità e quindi fra le menomazioni che conseguono ad esse, nella definizione della risultante di invalidità?

E pur se si volesse ancora ammettere l’esistenza delle concause coesistenti – che, come si è visto, rappresentano un non-senso di fronte alla definizione univoca dell’organismo – come potrebbe non considerarsi il ruolo di infermità aventi dignità solo anatomica e quindi male esprimibili sul piano percentuale, ma che

qualitativamente esistono e meritano attenzione come fattore peggiorativo dello stato anteriore?

Se quindi indubbiamente compete al Giudice di valutare il *quantum* da risarcire, il presupposto non può che essere la valutazione conseguente all'accertamento medico-legale, posto che la misura economica del risarcimento è deducibile solo da essa. In altri termini non si può partire dalla valutazione economica del risarcimento prima di aver connotato gli estremi percentuali del danno biologico, che necessariamente ne rappresentano il presupposto.

Il problema, allora, non sembra risiedere effettivamente in una difficoltà di coordinare la valutazione medico-legale rispetto alla componente monetaria del risarcimento, bensì la difficoltà di pervenire correttamente ad esso, senza che la metodologia percentuale di valutazione implichi rischi ineludibili di una inaccettabile duplicazione risarcitoria.

#### **4. Differenziale di danno, inabilità preesistente e ruolo del Medico Legale.**

Ci si è chiesti, più volte, come conciliare l'applicazione del danno differenziale o del maggior danno a circostanze in cui la preesistenza sia rappresentata dalla completa perdita della validità. L'ipotesi non sembra dover preoccupare più di tanto, sol che si consideri ancora una volta la definizione di danno biologico come perdita dell'integrità fisico-psichica riferita alle attività quotidiane comuni a tutti, comprensiva degli aspetti dinamico-relazionali. Appare implicito, dunque, che, ove la preesistenza riassorba ogni forma di danno biologico susseguente, essendo la integrità fisico-psichica irrimediabilmente e permanentemente già perduta, almeno secondo il sistema a barèmes attualmente in uso, un danno determinatosi successivamente non potrà trovare debito ristoro all'interno della categoria del danno biologico, già, come si è detto, del tutto compromessa.

Nel caso in cui la preesistenza assorba qualunque forma biologica di invalidità successiva, posto che il diritto alla incolumità, alla salute ed alla vita permane immodificato, si dovrà indicare nella singola fattispecie (ed in ciò risalta sempre essenziale il ruolo della Medicina Legale) quali siano le negative conseguenze di danno, dirette ed indirette relativamente al soggetto leso, in base alle quali formulare ipotesi valutative e di risarcimento le più consone alla circostanza ed esprimibili in via di equità.

Ove, poi, la preesistenza riguardi una magari assai avanzata forma di invalidità fisica, ancora permanendo le funzioni psichiche, in modo completo o parziale, sarà ancora passibile la valutazione del senso di sofferenza e di disagio conseguente alla lesione ed alla menomazione sopravvenuta.

Ulteriore limitazione dell'attuale sistema è rappresentata dall'esempio di un'ulteriore menomazione che occorra ad una persona già irrimediabilmente compromessa sul piano delle funzioni che interessano lo stesso distretto anatomico sede della successiva lesione (la amputazione del piede nel paraplegico, per esempio), nella misura in cui la persona poteva dirsi in grado di

svolgere talune attività quotidiane che non richiedevano la integrità fisica ed in conseguenza della lesione risultano limitate altre funzioni (quella psichica, per esempio), risultandone una situazione che sarebbe davvero iniquo non classificare come danno biologico solo perché l'applicazione del metodo percentualistico porterebbe a superare il 100%.

Non vi è dubbio, infatti, che colui che è affetto da gravi preesistenze, se subisce un danno che ne aggrava le possibilità di agire anche in misura minimale, non solo può manifestare un grado di invalidità addirittura superiore a quello che si potrebbe riferire alla stessa menomazione determinatasi in un soggetto sano, ma può avere una percezione psichica e psicologica del danno che indubbiamente può rappresentare di per sé motivo di risarcimento, per la situazione conseguente di turbamento, fastidio e senso di inutilità, che può da essa derivare. Ove, quindi, la perdita della integrità sia già da considerare totale in riferimento alle attività quotidiane comuni a tutti, ciò non significa che ulteriori perdite non siano possibili per il soggetto leso, proprio in riferimento a quelle perdite individuali che configurano la personalizzazione del risarcimento e che quindi non possono per definizione ritenersi “comuni a tutti” in ciò, del resto configurandosi, una specifica ipotesi di danno risarcibile, in merito alla quale diverse interessanti proposte di metodo sono state pubblicate<sup>14</sup>, ma nella pratica quotidiana non sempre ci si attiva in modo debito, per conferire a chi la subisce, un effettivo ristoro.

Ponendo attenzione, inoltre, alla quantificazione del danno, fra le affermazioni giurisprudenziali che meritano analisi critica, non si può trascurare l'esclusione dalla pertinenza e competenza medico legale dei pregiudizi “non aventi base organica”, da ritenere, pertanto, “estranei alla determinazione medico legale del grado percentuale di invalidità permanente” (identificati, a titolo esemplificativo, con il “dolore dell'animo, la vergogna, la disistima di sé, la paura, la disperazione”). Riferendosi, in buona sostanza, all'interpretazione draconiana secondo cui esiste un danno di competenza medico legale, espresso dalla percentuale di danno biologico avente fondamento “organico”, ed una componente ulteriore da cui l'apporto medico legale è escluso, rappresentato dai pregiudizi per i quali non sarebbe individuabile una causalità “organica”.

Diverse considerazioni possono farsi per confutare una tesi siffatta:

1) anzitutto la differenza fra “organico” e “funzionale” è del tutto anacronistica, in quanto alluderebbe ad un'esclusione dai fenomeni di natura organica, di tutti quelli di cui non possa individuarsi una matrice biologica nota, come è il caso dei fenomeni psichici, ignorando che essi soggiacciono a fenomeni (certamente organici) di natura genetica, neurochimica e morfostrutturale e la cui considerazione accertativa, prima che valutativa, da parte del medico legale è al di fuori di ogni ragionevole dubbio;

---

<sup>14</sup> P. FEDELI, N. CANNONO, *Valutazione degli aspetti dinamico-relazionali personali del danno alla persona: proposta metodologica*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2/2022, 391 ss.; E. RONCHI, L. MASTROBERTO, U. GENOVESE, *Guida alla valutazione medico legale dell'invalidità permanente. In responsabilità civile e nell'assicurazione privata contro gli infortuni e le malattie*, Milano, 2015.

2) Ciò che la Giurisprudenza talvolta identifica come elementi di pregiudizio privi di valore medico-legali possono in realtà essere disturbi che possono classificarsi come sintomi o aspetti specifici e peculiari di più complesse e polimorfe espressioni psichiche o sindromi disfunzionali, che meritano considerazione medico-legale<sup>15</sup>. Tale considerazione deve esprimersi sia sul piano della dimostrabilità oggettiva che su quello della derivazione causale, nonché attraverso una valutazione di tipo descrittivo. A tal proposito, va segnata l'introduzione dell'interessante declinazione del c.d. danno morale nella possibile veste di "sofferenza menomazione correlata", promossa in autorevoli contesti medico-legali e giuridici (si consideri l'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano<sup>16</sup>), da valorizzare appunto con metodo descrittivo. Si veda al riguardo anche del tutto recentemente la Sentenza n. 35998/2023<sup>17</sup>.

3) condivisa l'intenzione dell'art. 139 del Codice delle Assicurazioni private di escludere la risarcibilità in casi che non presentino le qualità – innanzitutto in termini di apprezzabilità<sup>18</sup> - necessarie per una rigorosa valutazione medico-legale, bisogna rifuggire il rischio che si identifichi automaticamente come di interesse medico-legale ciò che possa essere strumentalmente percepito, squalificando così l'irrinunciabilità del metodo medico-legale sia in ambito descrittivo del danno sia, soprattutto, in riferimento alla causalità ed alla individuazione di quelle circostanze menomative che, assenti nello stato anteriore, rappresentano la effettiva essenza del risarcimento. Tale questione è di fatto consolidata da una recente Sentenza di Cassazione (sez. III, 21 settembre 2023, n. 26985), in cui si legge "*prova della lesione e del postumo non deve essere data esclusivamente con un referto di accertamento clinico strumentale (radiografia, Tac, risonanza magnetica, ecc.), poiché è l'accertamento medico legale corretto, riconosciuto dalla scienza medica, a stabilire se tale lesione sussista e quale percentuale del detto postumo sia a essa ricollegabile*".

In conclusione, non vi è dubbio che anche per componenti del danno extra-patrimoniale non riconducibili alla nozione di danno biologico, in termini descrittivi della componente di danno - ma anche in termini di produzione del danno stesso (non riconducibili ad espressione percentuale), è imprescindibile il ricorso alla competenza ed esperienza medico-legale, quantomeno per escludere la ricorrenza di patologie nosologicamente e nosograficamente definibili, cui dovrebbe inferirsi significato e valore di danno biologico, rispetto ad altre situazioni, non gravate da dignità nosologicamente autonoma, riconducibili alla

---

<sup>15</sup> E. COLLETTI, *Tabella di Milano: l'evoluzione paranormativa dei criteri risarcitori tra adeguamenti e nuove prospettive*, in *Resp. civ. e prev.*, 4/2023, 1290 ss.; A. OLIVA, S. GRASSI, S. FERRACUTI, *I barè applicati all'accertamento medicolegale del danno biologico di natura psichica*, in F. TOPPETTI (a cura di), *Il danno psichico e la sofferenza soggettiva interiore*, Rimini, 2022, 77-83.

<sup>16</sup> *Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano – Tabelle milanesi per la liquidazione del danno non patrimoniale – edizione 2021*.

<sup>17</sup> Cass. Civ., sez. III, 27 dicembre 2023, n. 35998.

<sup>18</sup> L'apprezzabilità qui richiamata è da intendersi come possibilità che il cattivo funzionamento conseguente alla lesione sia percepibile non solo dal valutatore ma innanzitutto dal danneggiato. Il tema è analizzato in: V. PINCHI, S. RADDI, E. ORLANDI, G.-A. NORELLI, *Lesioni personali del viso dopo la legge 69/2019: prospettive e proposte di medicina legale penalistica*, in *Riv It Med Leg.*, 2021, 725 ss.

categoria risarcitoria del danno extrapatrimoniale da liquidare, semmai, in via esclusiva di equità.

Il punto è semmai, anche per siffatta argomentazione, se e in quale misura il ricorso a schematismi percentuali quali appunto i barèmes di attuale impiego, sodisfino o meno la necessità di procedere ad un risarcimento che sia, se non equo, perlomeno concettualmente sostenibile ed in definitiva compatibile con le più moderne istanze risarcitorie.

## **5. Spunti di riflessione per una nuova dottrina.**

Un modello di valutazione che si voglia definire “nuovo” richiede anzitutto che se ne possa sostenere l’effettiva necessità e che possa porsi alla considerazione della Medicina Legale e del Diritto in termini di realistica concretezza e di forte sostegno motivazionale. È indubbio, altresì, che una proposta di diversa metodologia di valutazione nell’ambito del danno alla persona in responsabilità civile deve anche avere l’interessamento critico della Disciplina Medico Legale (tramite il confronto all’interno di conferenze di consenso e di redazione, quantomeno, di buone pratiche sostenute dalle Società Scientifiche di riferimento), pena il rischio di trasformare una embrionale proposta in una sorta di velleitaria proposizione, non scevra da inevitabili (e più che giustificate) accuse di “leonardismo” o di presuntuosa arroganza.

Come convinta premessa di metodo, rievocati i richiami storici e recenti allo sviluppo corale di buone pratiche di valutazione<sup>19</sup>, vanno altresì presi a modello commendevoli precedenti processi di verifica del consenso (consensus conference) in seno alla Disciplina sulla metodologia da adottare in scenari valutativi complessi<sup>20</sup>.

Il progetto che ci si prefigge, dunque ed anzitutto, è da intendere come un primo approccio alla considerazione di un problema che ha avuto, come precipuo ed oggettivo difetto, quello di essersi mantenuto sostanzialmente invariato nei decenni trascorsi, essendosi la Disciplina adoperata per sostenere in via prevalente, se non esclusiva, la metodologia di valutazione percentuale nell’accertamento del danno.

Una volta approdati alla definizione di danno biologico, ciò che la Medicina Legale ha via via proposto erano accomodamenti sul punteggio da assegnare alle singole infermità e, da qui, la valutazione delle invalidità complesse, che era resa più indaginosa proprio dal valore che si intendeva attribuire alle singole infermità e dalla necessità che la valutazione complessiva derivasse di fatto dalla sommatoria delle singole invalidità, donde la polemica sul danno differenziale e

---

<sup>19</sup> M. BARNI, *La causalità nella consulenza medico-legale: dalla adeguatezza alla certezza (al di là del ragionevole dubbio)*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2003, 3 ss.; A. FIORI, *Problemi irrisolti della valutazione medico-legale del danno alla persona da responsabilità civile*, in M. BARNI (a cura di), *Il nuovo danno alla persona*, Rimini, 2011, 113 ss.; G. BOLINO, P. FRATI, M. ALBORE, G. D’ANTONIO, L. SORACE, V. FINESCHI, *L’apparente dualismo tra il “danno incrementativo-differenziale” e gli “infiniti 100”. La necessità di un approccio tailor made per la valutazione medico-legale del danno biologico*, in *Resp. civ. e prev.*, 4/2023, 1137 ss.

<sup>20</sup> Si consideri a titolo d’esempio: G.L. CASTELLANI ET AL., *Valutazione medico-legale del danno biologico nella persona anziana. I risultati della consensus conference multidisciplinare*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 4/2020, 2219 ss.

sulle sue disomogenee modalità di valutazione di cui si è sopra ampiamente discusso.

Ciò su cui si deve soprattutto interrogarsi, invece, è se i termini di riferimento attraverso i quali si opera debbano ancora considerarsi accettabili ed attuali e, in caso di risposta negativa, se possa esistere un modello di valutazione diverso e più rispondente alle esigenze attuali e quali potrebbero esserne le caratteristiche. Nella ferma consapevolezza, giova sottolinearlo, che nessuno può pensare di procedere a modifiche sostanziali di un modello che resiste da decenni portando avanti delle idee che potrebbero risultare ostiche e non condivise o, se accettabili, che richiedono una attuazione progressiva e di lungo termine.

Poteva farsi da subito riferimento alla personalizzazione del danno, ma avendo fissa la barra alla valutazione percentuale, non si ritenne percorribile la strada immediata di quello che poteva essere il modello più vicino (o meno distante) alla nozione effettiva di risarcimento, e cioè quello che poteva definirsi come la effettiva perdita della integrità fisico-psichica, comprensiva del danno dinamico relazionale, riferita alla specificità ed alla individualità del singolo. Il rischio di una degenerazione soggettivistica era in effetti troppo grande e la personalizzazione mal si conciliava con il modello percentualistico. Da qui il riferimento alla perdita, riferita ad una base comune a tutti i cittadini attraverso la quale si potesse esprimere la valutazione del danno che doveva, poi, subire i personalistici aggiustamenti. Venendo al merito della discussione, il modello percentualistico ha talora consentito che il punto percentuale addirittura si esprimesse in frazioni, che si sostenesse la possibilità per il Medico Legale di valutare minime differenze percentuali per simili o quasi identiche menomazioni, che si ammettesse che poteva esistere ed essere misurata una menomazione che riduceva di un punto o due, o addirittura di frazioni di punto, l'integrità fisico-psichica rivolta alle attività quotidiane comuni a tutti.

Considerata la definizione di danno biologico e considerata la metodologia oggettiva che l'accertamento medico (prima che medico-legale) è in grado di garantire, come può dirsi validamente che il sensorio umano (che è alla base dell'accertamento medico e medico-legale) sia effettivamente in grado di apprezzare una mobilità articolare per pochi gradi o abbia la effettiva possibilità di conoscere quello che era l'effettivo stato anteriore del soggetto danneggiato, proprio al fine di applicare il tanto decantato differenziale di danno? La risposta non può che essere negativa, e per le micropermanenti bisogna riconoscere la frequente impossibilità di procedere ad un accertamento oggettivo prima di parlare di una valutazione di ciò che non si può accertare. Questa considerazione va letta anche nella pregevole cornice logica fornita in una recente Sentenza di Cassazione<sup>21</sup>, in cui, nel contesto di un'indicazione della corretta esegesi dell'art. 139 del Codice delle Assicurazioni private, si osserva che *“ad impedire il risarcimento del danno alla salute con esiti micropermanenti, dunque, non è di per sé l'assenza di riscontri diagnostici strumentali, ma piuttosto l'assenza di una ragionevole inferenza logica della sua esistenza stessa, che ben può essere compiuta sulla base di qualsivoglia elemento*

---

<sup>21</sup> Cass. Civ. sez III, 21/09/2023, n. 26985.

*probatorio od anche indiziario, purché in quest'ultimo caso munito dei requisiti di cui all'art. 2729 c.c.*”.

Un ulteriore aspetto critico è che, pur essendo immutate le percentuali di invalidità, si sono radicalmente modificate le attività che concorrono a costituire il vivere quotidiano, portando ad evidenti criticità quali quella di enfatizzare al massimo le attività che si potrebbero definire storicamente residuali, nella considerazione del singolo e della collettività, e di trascurare il significato ed il valore di altre che hanno scalato la piramide della considerazione fino a pervenire all'apice della utilità del quotidiano. Di fatto, il modello sociale della quotidianità è profondamente mutato nei trascorsi decenni, rivelando i limiti del sistema percentualistico tradizionale, nella misura in cui riserva alle menomazioni fisiche interessanti gli arti la massima considerazione, in ossequio alla realtà sociale passata da cui promana, che è quella del lavoro soprattutto vissuto come espressione della fisicità, del movimento e della forza; il tutto nel comprensibile timore (ma fino a un certo punto) di un possibile soggettivismo che avrebbe finito per consentire disparità valutative inaccettabili nei confronti del diritto e della equità.

Da ultimo, ma certo non per importanza, la metodologia secondo cui si imposta l'accertamento e la valutazione del danno, secondo una prassi ormai consolidata, per cui solo in casi particolari (in cui esistono, cioè, invalidità preesistenti oggettivamente apprezzabili) si considera in modo approfondito lo stato anteriore, della cui importanza sembra che ci si debba ricordare, solo quando si argomenti in termini di danno differenziale.

Ma se è il danno differenziale l'aspetto che sembra dotato di senso e valore più stringenti per enfatizzare gli ambiti per cui la metodologia di valutazione del danno biologico, costretta entro i limiti poco superabili dei barèmes, sembra indurre ad una necessità di ridefinizione, se non di superamento, di fronte alla considerazione che, in buona sostanza ogni valutazione del danno risarcibile è sempre da formularsi (*rectius*: dovrebbe) secondo un metodo differenziale, nella misura in cui il risarcimento è la misura della quota di un bene che si è perduto rispetto a quanto di esso oggettivamente si disponeva.

Il ragionamento che si è sopra esaminato, allora, deve ritenersi valido per qualunque forma di danno biologico si consideri in responsabilità civile e non solo per il danno differenziale in senso stretto; e non solo per il danno biologico, ma per qualunque altra forma di danno extrapatrimoniale di competenza ed interesse medico-legale: dalla perdita della continuità parentale, alla sofferenza psichica, al danno morale. È sempre un confronto differenziale, in altri termini, fra la quota di un bene di cui si disponeva e che si è in tutto o in parte perduta o quanto di sofferenza si è aggiunta, come componente peggiorativa, ad una condizione preesistente, che misura la componente di danno risarcibile. Trattandosi, pur sempre, di un confronto in termini differenziali fra ciò che preesiste e che per primo deve essere accertato, posto che ad esso si conferisce la qualità del bene posseduto ed il confronto con lo stato attuale, successivo all'evento, che risulta peggiorato per aggiunta di componenti negative di danno.

Per il danno biologico, in particolare, la menomazione risarcibile, non può che discendere dalla differenza fra il bene dimostrativamente disponibile prima dell'evento (stato anteriore) e quanto ne residua dopo la stabilizzazione delle conseguenze dell'evento medesimo (stato attuale), trattandosi in ogni modo e sempre di un differenziale biologicamente misurabile. Ma misurare una entità biologica deve necessariamente ed ineludibilmente sottostare al bareme? Anche quando l'applicazione pedissequa di questo, come si è dimostrato, rappresenta un insormontabile ostacolo alla equità del giudizio? È questo il motivo per cui, muovendo dalle considerazioni che si sono sopra esposte in termini di danno differenziale, si finisce per dover prendere atto che il sistema percentualistico può esporre la metodologia di valutazione medico-legale a difficoltà, soggettivismi e quindi sperequazioni.

La prima considerazione da cui occorre muovere, anche se ovvia e ampiamente nota è che nel sistema attuale dei barèmes, la cui origine si perde nel tempo immemorabile del riferimento percentualistico alla capacità di lavoro generico, l'espressione percentuale del danno non è tabellarmente riferita allo stato anteriore od allo stato attuale, ma ad un valore 100 che è del tutto incorrispondente alla realtà del bene posseduto, che è ben lontano da identificarsi con la quota del bene effettivamente perduto a seguito dell'evento e che certamente non corrisponde alla realtà del bene che residua alle conseguenze dell'evento. Si misura il danno secondo un riferimento percentuale del tutto apodittico ed irrealistico, tanto che la sommatoria delle invalidità singolarmente considerate supera di gran lunga la quota dell'intero. E quando si è espresso il valore percentuale secondo le indicazioni tabellari, vien da chiedersi che cosa in effetti si sia inteso rappresentare, in riferimento al valore di un bene definito in termini assolutamente convenzionali, che non hanno alcuna corrispondenza con il piano della realtà e che non solo non misurano quanto in effetti si è perduto del bene disponibile, ma neppure si dimostra di volersi riferire ad un intero, che abbia una qualche parvenza di realismo. Se si vuole minimamente mantenersi il più vicino possibile alla nozione di risarcimento, dunque, occorre individuare nello stato anteriore, riferito a quello specifico soggetto, l'intero di cui si intende misurare la quota menomativa determinata dalle conseguenze dell'evento. Il 100, dunque, non può che essere l'intero corrispondente allo stato anteriore del soggetto di cui si intende misurare il grado della menomazione per cui non è possibile riferirsi ad apodittiche percentuali, posto che non esiste un intero (100) che sia valido *erga omnes*. Ciascuno, in altri termini, rappresenta il suo specifico intero nella descrizione dello stato anteriore antecedente all'evento di cui si tratta; ed il grado della menomazione deriva per differenza rispetto allo stato attuale che residua alle conseguenze dell'evento dannoso.

La mancata ricerca di proposte alternative all'approccio tabellare tradizionale è dettata anche, forse, dalla percezione che il rifiuto del sistema tabellare avrebbe indotto una condizione di vuoto normativo e di dilagante soggettivismo, più pericoloso e foriero di danno, rispetto alla consapevole perseveranza nell'errore. Basti pensare, a mero titolo di esemplificazione, al significato che si dovrebbe

effettivamente attribuire alle cosiddette micropermanenti in riferimento al danno biologico. Se è vero, come lo è indubbiamente, che la definizione di danno biologico è quella che si è sopra richiamata e che troneggia nel D.M. del 2003, non si può non domandarsi quale sia, in effetti, l'incidenza di una micropermanente in riferimento alle possibilità dell'individuo di dedicarsi alle occupazioni ordinarie. Non solo, e si può dire non tanto, per la impossibilità sostanziale di argomentare in termini oggettivi sull'accertamento che si può effettivamente esperire, ma anche e soprattutto per la considerazione che si deve riservare alle attività effettivamente svolte in epoca antecedente al fatto ed in particolare a quali di esse si debba ascrivere una pur lieve limitazione ed al grado di essa. Oggettivamente, ammesso e non concesso che una invalidità micropermanente sia accertabile, è impossibile valutarne l'incidenza percentuale sulle attività che l'individuo quotidianamente svolge. La valutazione di una micropermanente potrebbe essere debitamente valutata sul piano monetario passando per una valutazione medica e medicolegale che ne indichi la classe di gravità, secondo un modello simile a quello adottato in alcuni Paesi (Irlanda, ad esempio)<sup>22</sup> in termini di sostanziale equità, non certo pensando realmente di sostenere la accertabilità di una perdita di pochi gradi di mobilità articolare o di oggettivare un dolore modesto che non può che essere solo riferito, ma piuttosto descrivendo con puntualità ed obiettività i caratteri della lesione, accertare le condizioni preesistenti alla lesione e di descrivere con altrettanta puntualità se e come la menomazione eventualmente residua possa negativamente incidere sull'espletamento delle attività quotidiane.

Ove risulti accertabile, invece, una definita e definibile menomazione che modifichi in modo apprezzabile<sup>23</sup> lo stato anteriore, tanto da risultare il soggetto impossibilitato a svolgere attività anche non produttive di reddito che quotidianamente era in grado di assolvere si potrà dire allora che esiste una menomazione di cui descrittivamente si può procedere alla considerazione qualitativa ed alla incidenza sulle attività quotidiane che siano in tutto od in parte limitate e che è meritevole di reale apprezzamento risarcitorio. Di tutto ciò è estremamente complesso dare una valorizzazione percentuale con gli strumenti tabellari attuali a partenza dalle voci riferite alle singole infermità, per i limiti collegati ai criteri di costruzione delle tabelle stesse di cui si è parlato in precedenza, il tutto senza fare sommatorie con riproporzioni, oppure aumenti o riduzioni dell'invalidità come raccomandato dalla Giurisprudenza. E di ciò si ha puntuale contezza, solo che si considerino le voci di danno percentualmente riportate nelle tabelle di più corrente uso, che consentono di inquadrare un danno in misura relativamente limitativa rispetto al dovere di considerare lo stato anteriore in riferimento alle attività quotidiane effettivamente svolte.

Giunti a questo punto si ribadisce che formulare proposte integrative o addirittura riformative rispetto alla metodologia attuale non potrebbe che

---

<sup>22</sup> *General Guidelines as to the amounts that may be awarded or assessed in Personal Injury Claims – Book of quantum*, Dublin 2016, <https://www.piab.ie/eng/forms-guides/book-of-quantum.pdf>.

<sup>23</sup> Cfr. *supra*, nota 18.

sembrare presuntuoso e velleitario, soprattutto perché non preceduto da un dibattito all'interno della Medicina Legale.

Sommessamente investendo l'ambito propositivo e ribadendo la assoluta volontà di porre la questione solo come iniziale e mero contributo ad un dibattito medico-legale, che sembra, peraltro, non più differibile, si ritiene che la metodologia di valutazione in termini percentualistici per la componente biologica del danno extrapatrimoniale dovrebbe essere progressivamente sostituita da una metodologia soprattutto centrata su un accertamento descrittivo dello stato anteriore e della successiva componente riduttiva, rispetto a quello, delle attività quotidiane effettivamente svolte dal soggetto. Da subito dovrebbe considerarsi l'età ed il genere quali immediati precursori della personalizzazione del danno anche nella valutazione della componente biologica, fermo restando il valore della puntualità descrittiva anche in riferimento al "danno morale" ed al "danno relazionale" – viste anche le recenti indicazioni definitorie della Corte di Cassazione (ex multis: Sentenza 25164 del 10 novembre 2020) indirizzate a comporre equivoci interpretativi e ripetizioni di danno. Il riferimento descrittivo, dunque, dovrebbe sempre richiamare le attività che il soggetto era in grado di svolgere, ma soprattutto che erano in effetti precedentemente assolte, con un netto viraggio nella metodologia accertativa verso l'importanza dello stato anteriore rispetto alla menomazione per cui si discute. La limitazione della funzione o la sua perdita non devono, pertanto, avere alcun riflesso in una dimensione percentualistica del danno, ma solo individuare come, rispetto a quanto precedentemente assolto, la menomazione ha in effetti negativamente inciso.

Per agevolare il compito ad un accertamento, che diviene basilare nella definizione del danno risarcibile, si potrebbero proporre inquadramenti a carattere categoriale – la cui definizione sarebbe davvero aleatorio e presuntuoso cercare di definire in questa fase – che tengano conto del carattere funzionale delle attività, in riferimento all'età, al genere, allo stato anteriore del soggetto ed a quanto in effetti era definibile come "quotidianità funzionale delle attività". Come si può, in definitiva, ritenere che una perdita di indubbio significato ed importanza, come la perdita della mano non dominante, in termini di limitazione delle attività quotidiane debba avere per chiunque lo stesso valore? Quasi che le attività quotidiane fossero realmente comuni ad ogni cittadino, e senza poter effettivamente considerare quanto e come la perdita incida su uno stato anteriore funzionalmente efficiente. Stato anteriore che è diverso da persona a persona, non solo e non sempre per preesistenze menomative, ma magari per scelte di vita, riconducibili o meno all'età od anche per abitudini o tendenze che rendono in effetti ogni individuo uguale solo a se stesso, per cui, ove una menomazione sia affermata, non può che essere un diritto/dovere esclusivo della persona che lamenta la perdita di fornire ogni dimostrazione probatoria della effettiva realtà del bene perduto, essendo il presupposto perché si possa affermare una perdita, la dimostrazione della effettiva disponibilità del bene e la sua utilità.

Volendo ipotizzare una metodologia che potrebbe essere utile allo scopo, e nella piena consapevolezza che la tradizione culturale in uso da quasi 40 anni richiederebbe un lento e progressivo cambiamento, si potrebbe, anzitutto, ipotizzare una integrazione dei sistemi tabellari attuali con diverse azioni tese a facilitare la valutazione con riferimento sia allo stato anteriore/invalidità preesistenti sia alla invalidità monocrone multidistrettuali o complesse. In tal senso, un innovativo dibattito scientifico-culturale in seno alla Medicina Legale potrebbe intanto concentrarsi a tentare di risolvere l'evidente contraddizione che persiste tra un sistema tabellare in cui tutte le invalidità partono dallo zero (come se incidessero su un soggetto sano) e la realtà valutativa in cui il Medico Legale si trova di fatto sempre a valutare dei delta di invalidità (sempre rispetto allo stato anteriore), il tutto senza metodologie condivise di riproporzionamento della stima provvista dallo standard tabellare.

Le tabelle attuali dunque potrebbero essere riviste, rimodulando alcune stime sorrette soprattutto da danno anatomico e decisamente sproporzionate (valutazioni per gli arti ad esempio) e che facilmente producono iperbolici valutativi in caso di concorrenza con menomazioni di altri distretti/apparati e che costringono a formule riduzionistiche (nella pratica spesso non standardizzate, bensì "improvvisate" dal valutatore) banalmente per non superare il 100% o per non pervenire a stime inique che non reggono il paragone analogico con altri quadri menomativi cui si assegnerebbe pari incidenza percentuale.

Sempre in questo senso e come prima discusso, si potrebbero superare alcune limitazioni accertative prima che valutative delle piccole (micro) invalidità, eliminando le valutazioni puntiformi attualmente previste ed inserendo al loro posto delle categorie di lievissima incidenza sugli atti quotidiani della vita sostenute da una descrizione qualitativa delle (lievissime) menomazioni cui corrisponde direttamente un range economico di risarcimento da riconoscersi da parte del Giudice.

Considerate poi le difficoltà ampiamente discusse e che affliggono la stima delle invalidità complesse e composite cui, secondo l'attuale modello di valutazione, si può pervenire solo combinando gli isolati valori percentuali previsti dagli standard tabellari per le singole infermità secondo un approccio bottom-up, si potrebbe riflettere se non funzionerebbe meglio un processo inverso. Potrebbe cioè discutersi sulla possibilità di integrare i barèmes medicolegali con ulteriori voci riferendosi ai più comuni quadri di rilevanti invalidità complesse/polidistrettuali, da cui dedurre – per analogia biologica il valore di quadri menomativi similari o inferiori.

Ulteriormente, muovendo dalla definizione attualizzata "degli atti quotidiani della vita", quale ineludibile passaggio definitorio preliminare, si potrebbe importare mutuandolo da altri ambiti il concetto di "disabilità" nel sistema tabellare R.C., prevedendo quantomeno "grosse" categorie di disabilità (1/4; 1/2; 3/4), sorrette da articolate descrizioni quali-quantitative (affezioni, menomazione funzionale, severità dell'impatto sugli atti quotidiani della vita e per converso abilità residua) con l'essenziale riferimento all'ausilio delle classificazioni ICD ed

ICF<sup>24</sup>. Tale approccio che valorizzi la disabilità appare particolarmente attuale considerata la chiara volontà del Legislatore di procedere ad una assoluta personalizzazione della disabilità, riferendosi ad una valutazione “*multidimensionale per l’elaborazione ed attuazione del progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato*”<sup>25</sup> che passi anzitutto attraverso una revisione delle tabelle medico-legali incentrate non solo sulla patologia, ma sul funzionamento globale della persona. È ben vero che le previsioni di cui alle predette norme di legge riguardano lo stato di disabilità riferito all’assistenza sociale, ma altrettanto vero è che sarebbe altamente improprio se a fronte di una tale evidente aspirazione alla massima ed immediata personalizzazione della disabilità all’interno del sistema pubblico assistenziale, addirittura ciò che dovrebbe prima e più di altri esserlo, come il principio personale del risarcimento, rimanesse, invece, ancorato ad antichi schemi, quali la valutazione della menomazione, riferita ad un inesistente paradigma di soggetto danneggiato.

La sensibilità culturale della Medicina Legale e del Medico Legale appare pronta per cogliere la sfida se non del superamento integrale, di una profonda revisione dei barèmes con una valorizzazione, come il sistema risarcitorio impone, della realtà biologica del danno e del suo impatto sul funzionamento e sulla vita dello specifico individuo. Ciò ferma la perfetta consapevolezza che ad oggi non esistono metodi o approcci valutativi che in fase attuariale compensino esattamente le imperfezioni e le approssimazioni che affliggono la valutazione percentualistica della invalidità, che precorre ed informa la valutazione economica.

La consapevolezza dei limiti e dei rischi di errore rende scientifico un metodo ed in questo la Medicina Legale non dovrebbe sottrarsi al dibattito verso prospettive di avanzamento della propria metodologia scientifica, che proprio nell’ambito di cui si tratta soffre di un sistema valutativo nel suo complesso connotato di elementi di scarsa attualità, in specie in un sistema che voglia continuare a definirsi risarcitorio senza indulgere a derive indennitarie. Deriva per ora non evitata, peraltro, da parte di un sistema che dovrebbe confrontarsi con singoli e diversi individui, ossia con i “100.000” differenti quadri menomativi, ma nella pratica porta invece molti professionisti ad appiattirsi sull’“uno” (persona standard, invalidità standard), e quindi finisce per non risarcire “nessuno”, secondo una logica, biomedicolegalmente rivista, di memoria pirandelliana.

Il medico legale solo attraverso una robusta discussione sul Proprio Metodo può mantenere saldo il ruolo dottrinario e professionale che lo connota, e che da sempre meritevolmente lo colloca (e deve continuare a farlo) al centro di ogni sistema accertativo e di valutazione delle conseguenze biologiche di un evento.

---

<sup>24</sup> ICD: <https://www.who.int/standards/classifications/classification-of-diseases>; ICF: <https://www.who.int/standards/classifications/international-classification-of-functioning-disability-and-health>.

<sup>25</sup> Il Consiglio dei ministri ha approvato il 3 novembre 2023, in esame preliminare, due decreti legislativi di attuazione della legge 22 dicembre 2021, n. 227.

