

IL DANNO "INCREMENTATIVO/DIFFERENZIALE"

- 1) Nel procedere all'accertamento e alla liquidazione del danno c.d. "incrementativo/differenziale" (da non confondersi con il danno differenziale propriamente detto, previsto nelle liquidazioni da parte degli enti previdenziali), va premesso che il giudice del merito deve accertare, sul piano della causalità materiale, l'efficienza eziologica della condotta rispetto all'evento, in applicazione della regola di cui all'art. 41 cod. pen., così da ascrivere l'evento di danno interamente all'autore della condotta illecita anche in presenza di concause etiologicamente efficienti alla sua produzione, per poi procedere, eventualmente anche con criteri equitativi, alla valutazione della diversa efficienza delle varie concause sul piano della causalità giuridica, allo scopo di evitare l'attribuzione all'autore della condotta, responsabile *tout court* sul piano dell'imputazione dell'evento, di un obbligo risarcitorio che comprenda anche le conseguenze dannose non riconducibili eziologicamente all'evento di danno, bensì alla pregressa situazione patologica del danneggiato (Cass. 21 luglio 2011 n. 15991; Cass. 3893/2016; Cass. 20829/2018);
- 2) L'accertamento della causalità giuridica va condotta secondo criteri che, non dissimilmente da quelli applicati in tema di casualità materiale, seguono le medesime regole di struttura (regolarità causale/scopo della norma violata/aumento del rischio tipico) e di funzione (*i.e.*, probatorie: probabilità relativa/più probabile che non).
- 3) La tematica ha, pertanto, ad oggetto l'esatta individuazione dei limiti della responsabilità del danneggiante/debitore sul piano della causalità giuridica nell'ipotesi di aggravamento di una patologia pregressa del paziente quale conseguenza della prestazione sanitaria connotata da colpa;
- 4) Ascritta, sul piano probabilistico, alla condotta del danneggiante la responsabilità della determinazione dell'evento sotto il profilo della causalità (o della con-causalità) materiale, l'eventuale compresenza di concause naturali pone il problema *della selezione dei pregiudizi risarcibili*, onde valutare se e quale sia la misura e la rilevanza delle singole conseguenze direttamente riconducibili al fatto lesivo della salute del danneggiato ascrivibile al sanitario.
- 5) L'analisi delle conseguenze dannose dell'evento in termini *di se e di quanto di differenza in negativo, rispetto alla situazione pregressa*, sia stato cagionato al danneggiato dalla condotta lesiva - ormai definitivamente imputata al debitore - potrà, così, legittimamente rapportarsi (attribuendovi rilievo) alle condizioni di salute precedenti l'evento pregiudizievole.

- 6) Sulla base di tali premesse va risolta la questione del risarcimento del cd. danno differenziale – il danno, cioè, che risulta dalla valutazione comparativa dello stato di salute (*rectius*, di patologia) pregresso del danneggiato e dell'aggravamento cagionato dalla condotta del sanitario.
- 7) La questione si riflette, sul piano funzionale, *sulle regole di liquidazione del danno*, che non possono prescindere dal rilievo che assume la situazione preesistente alla luce di due concorrenti criteri:
- a) non può individuarsi, in via del tutto automatica, un obbligo risarcitorio incrementato da fattori estranei alla condotta, come accadrebbe attraverso una applicazione meccanica delle tabelle con punto progressivo ("più che proporzionale", secondo la definizione legislativa), computato a partire, sempre e in ogni caso, dal livello di invalidità preesistente;
 - b) la liquidazione deve necessariamente seguire ad una concreta verifica, caso per caso, secondo le allegazioni delle parti, delle conseguenze negative "incrementative" subite dalla parte lesa.
- 8) Si coglie, anche sotto tale profilo, la necessità di una distinzione tra il frazionamento (*contra legem*: art. 41 c.p.) della causalità materiale e quello (legittimo: art. 1223 c.c.) della causalità giuridica. Se, difatti, dovesse ritenersi applicabile il primo, erroneo modello di frazionamento, ne deriverebbe l'applicazione, erroneamente automatica, sempre e in ogni caso, del computo tabellare a partire dal grado di invalidità pari a 0, vero che:
- a) Il sanitario non potrebbe rispondere di altro se non della percentuale di invalidità accertata dal CTU come rapportabile alla propria responsabilità, non essendogli ascrivibile, sul piano della causalità materiale, alcuna "frazione" di evento rappresentato dalla causa naturale;
 - b) Il sanitario non potrebbe rispondere che della percentuale ricompresa *tra il valore tabellare pari a 0, e quello conseguente al suo intervento*;
- 9) Il frazionamento della causalità giuridica, di converso, consente al giudice la corretta e compiuta valutazione, nel singolo caso sottoposto al suo esame, di tutte le conseguenze derivanti dall'intervento, valutando equitativamente l'incidenza della condotta umana e quella della causa naturale, senza ritenersi vincolato né alla percentuale indicata dal CTU, né alla collocazione tabellare di tale percentuale (che ben potrebbe non risultare dalla sottrazione aritmetica dei valori dianzi indicati), volta che:
- a) Non sempre la percentuale di invalidità finale comporta conseguenze da valutarsi come ricomprese automaticamente tra i

due valori tabellari rappresentati dalla preesistenza della situazione patologica e dalla invalidità finale;

b) il valore tabellare potrà, di volta in volta, essere conseguentemente ricondotto ad un qualsivoglia segmento valutativo (0/10 ovvero 10-20, 20-30 ecc.), poiché il principio di "progressività maggiorata" che informa le tabelle risarcitorie presuppone che *l'intero danno sia stato conseguenza della condotta colpevole del danneggiante*, ma nulla dice (né potrebbe) sull'eventuale frazionamento causale delle conseguenze invalidanti.

10) A fronte di una invalidità cagionata da una condotta che si innesta su di una autonoma e preesistente vicenda patologica (che può riguardare lo stesso organo, in caso di lesioni concorrenti, ovvero organi diversi, in caso di lesioni coesistenti), non appare, pertanto, predicabile il ricorso ad un rigido schema liquidatorio che attui, sempre e comunque, una liquidazione *per differenza aritmetica tra diversi gradi di invalidità* (si pensi, ad esempio, ai diversi effetti che possono determinarsi a seconda che la complessiva invalidità sia la risultante della somma di lesioni coesistenti che colpiscono diverse funzionalità, ovvero che la condotta del sanitario abbia determinato una concorrente lesione che incide sulla medesima preesistente disfunzionalità: distinzione, anche questa, non sempre risolutiva ove si consideri che anche fatti negativi riguardanti funzionalità diverse possono risolversi non in una mera sommatoria di distinti effetti negativi – da valutarsi in via autonoma ai fini risarcitori – ma possono comportare un effetto pregiudizievole sinergico, tale da incidere sulla concreta conduzione di vita della parte lesa, a seconda dell'età, del tipo di vita, della sua condizione familiare, ecc.)

11) La liquidazione relativa alla misura differenziale di un danno alla salute, pertanto, deve essere rimodulata in considerazione della concreta vicenda clinica e della specifica situazione concreta della parte lesa, e deve tenere conto di tutti i riflessi sull'integrità fisica e di ogni ulteriore aspetto che concorra a descrivere il danno non patrimoniale (sulla base delle risultanze e delle allegazioni offerte dalla parte).

12) ***Le menomazioni policrone coesistenti.***

Se la preesistenza di malattie o menomazioni non ha concausato la lesione, né ha aggravato o è stata aggravata dalla menomazione sopravvenuta (c.d. menomazioni "coesistenti"), di esse non dovrà tenersi conto nella liquidazione del danno, e tanto meno nella determinazione del grado di invalidità permanente. La preesistenza di menomazioni, infatti, quando queste non abbiano concorso a causare

la lesione, può teoricamente rilevare solo sul piano della causalità giuridica (art. 1223 c.c.), vale a dire della delimitazione dei danni imputabili eziologicamente al responsabile. Ma la causalità giuridica va accertata col criterio controfattuale: vale a dire stabilendo cosa sarebbe accaduto se l'infortunio non si fosse verificato. Applicando il criterio controfattuale, non potranno darsi che due eventualità: o le forzose rinunce patite dalla vittima in conseguenza del fatto illecito sarebbero state identiche, quand'anche se la vittima fosse stata sana prima dell'infortunio; oppure quelle conseguenze dannose sono state amplificate dalla menomazione preesistente. Nel primo caso la menomazione preesistente sarà giuridicamente irrilevante. Infatti l'art. 1223 c.c. esclude dalla risarcibilità i danni che non siano conseguenza "immediata e diretta" del fatto illecito. Pertanto se i postumi permanenti causati dall'illecito non sono stati punto aggravati dalle menomazioni preesistenti, ciò vuol dire che essi nella loro interezza sono conseguenza esclusiva del fatto illecito. Le preesistenze non li hanno amplificati, e se non li hanno amplificati quei postumi vanno ritenuti ~~sono~~ una conseguenza immediata dell'illecito, perché a produrli non ha concorso alcun fattore esterno. Non possono, quindi, essere condivise le teorie che pretendono di ridurre il risarcimento del danno alla salute anche in presenza di preesistenze che non interferiscono con i postumi dell'illecito (cioè le c.d. lesioni policrone coesistenti). Tali teorie sono epigone dell'arcaica opinione medico-legale secondo cui costituirebbe *"inoppugnabile principio di diritto"* quello secondo cui *"se la cosa danneggiata era fin da prima difettosa, di questo difetto si de[ve] tener conto"*. Tale preteso principio non solo non è infatti *"inoppugnabile"*, ma non è nemmeno esistente, dal momento che il danno alla salute consiste in una perdita, e la perdita va ascritta per intero al responsabile se, in assenza dell'illecito, essa non si sarebbe affatto verificata. Pertanto non solo la liquidazione del risarcimento, ma anche, prima ancora, la determinazione del grado percentuale di invalidità permanente sofferto da persona già menomata, quando lo stato anteriore della vittima non abbia inciso in alcun modo sui postumi concretamente prodotti dal 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. Resta solo da aggiungere che il concetto di *"coesistenza"* va valutato *a posteriori* ed in concreto, non *a priori* ed in astratto. Non si può, infatti, escludere aprioristicamente che successive menomazioni riguardanti lo stesso organo possano non aggravarsi le une a causa delle altre (si pensi a chi, avendo una ridotta capacità uditiva, patisca una trauma che

provochi la sordità, che però sarebbe stata inevitabile anche se la lesione avesse attinto una persona sana; oppure all'ipotesi dell'amputazione d'un arto, già anchilosato in posizione sfavorevole, la quale renda possibile una vantaggiosa protesizzazione). Allo stesso modo, non può escludersi *a priori* che menomazioni riguardanti organi diversi mai interferiscano tra loro (si pensi all'ipotesi della perdita del tatto in una persona non vedente). Quel che dunque rileva, al fine della stima percentuale dell'invalidità permanente, non sono né formule definitorie astratte ("concorrenza" o "coesistenza" delle menomazioni), né il mero riscontro della medesimezza o diversità degli organi o delle funzioni menomati. Poiché si tratta di accertare un nesso di causalità giuridica, quel che rileva è il giudizio controfattuale, e dunque lo stabilire col metodo c.d. della "prognosi postuma" quali sarebbero state le conseguenze dell'illecito, in assenza della patologia preesistente. Se tali conseguenze possano ritenersi invariate per la vittima reale e per una ipotetica vittima perfettamente sana, dovrà concludersi che non vi è alcun nesso di causa tra preesistenze e postumi, i quali andranno perciò valutati e quantificati come se a patirli fosse stata una persona sana. Ne segue che, individuata la percentuale di invalidità scaturente dalla lesione, il relativo risarcimento sarà quantificato previa collocazione del valore monetario ricompreso tra il valore 0 ed il valore percentuale della lesione come accertato dal CTU (esemplificando, la perdita di un occhio in un soggetto poliomielitico sarà risarcita, nella misura del 30%, partendo dal valore 0 della scala tabellare, salvo eventuale personalizzazione equitativa nel caso concreto).

13) Le menomazioni policrone concorrenti.

Nell'ipotesi in cui lo stato anteriore della vittima non abbia concausato la lesione, ma abbia concausato il consolidarsi di postumi più gravi, rispetto a quelli che avrebbe patito la vittima se fosse stata sana al momento dell'illecito. Si è già detto che, ricorrendo tale ipotesi, sorge per l'interprete il problema di accertare un nesso di causalità giuridica: stabilire, cioè, se e quali, tra i postumi derivati dalla lesione, possano dirsi una "conseguenza immediata e diretta" dell'infortunio, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1223 c.c.. L'accertamento di tale nesso pone all'interprete due problemi: -) il primo riguarda i criteri **di accertamento del danno**, e consiste nello stabilire se delle preesistenze si debba tenere conto nella determinazione del grado percentuale di invalidità permanente, attraverso calcoli o formule *ad hoc*, oppure se ne debba tenere conto nella *aestimatio* del risarcimento; -) il

secondo riguarda **la liquidazione del danno**, e consiste nell'individuare la regola giuridica che consenta di "sterilizzare" il risarcimento dai pregiudizi non causalmente imputabili al responsabile, ma senza violare il criterio di progressività del *quantum* del danno biologico (secondo cui, a lesioni doppie, debbono corrispondere risarcimenti più che doppi). Ritiene questa Corte che i suddetti problemi debbano trovare le seguenti soluzioni: (a) di eventuali preesistenze si deve tenere conto nella liquidazione del risarcimento, non nella determinazione del grado percentuale di invalidità permanente, il quale va determinato sempre e comunque in base all'invalidità concreta e complessiva riscontrata *in corpore*, senza innalzamenti o riduzioni, i quali si tradurrebbero in una attività liquidativa esulante dai compiti dell'ausiliario medico-legale; (b) di eventuali preesistenze si deve tenere conto, al momento della liquidazione, monetizzando l'invalidità accertata e quella ipotizzabile in caso di assenza dell'illecito, e sottraendo l'una dall'altra entità.

14) **L'accertamento del danno.**

Nella dottrina medico-legale e nell'opinione di molti pratici è pressoché unanime e risalente la convinzione che, quando un infortunio vulneri una persona già invalida, di tale circostanza sarà il medico-legale a dovere tenere conto, nella determinazione del grado percentuale di invalidità permanente. Niente affatto unanime, però, è il criterio che dovrebbe presiedere a tale valutazione. Secondo una impostazione "classica", in simili casi il grado percentuale di invalidità permanente andrebbe determinato in misura maggiore di quella tabellarmente prevista per analoghe invalidità, in virtù del principio matematico per cui una riduzione percentuale identica, applicata su quantità diverse, incide maggiormente sulla quantità minore, *coeteris paribus*. Una diversa opinione ritiene per contro che il grado di invalidità permanente concretamente accertato *in corpore* debba essere comunque ridotto quando la vittima fosse stata invalida già prima dell'infortunio, giacché lo stato anteriore di validità in questo caso non potrebbe mai dirsi pari a "100". Molte, e molto diverse, sono state poi le indicazioni concrete circa il *quomodo* di aumento o riduzione - a seconda della scuola di pensiero - del grado di invalidità permanente: taluni hanno proposto di estendere alla materia della responsabilità civile regole dettate per l'infortunistica del lavoro; altri hanno ritenuto doversi applicare un criterio rigidamente proporzionalistico; altri ancora hanno elaborato formule *ad hoc*, il cui unico limite è stato la fantasia degli autori. Né sono mancati, infine, di quegli autori i quali hanno ritenuto che non possano dettarsi criteri generali ed astratti per la stima del grado percentuale di invalidità permanente patito da soggetto già menomato, ma che il medico-legale dovrebbe in tal caso compiere le sue valutazioni caso per caso, ricorrendo "all'equità". In argomento va subito sgombrato il campo da tale ultima opinione, siccome manifestamente erronea. All'accertamento

concreto del grado percentuale di invalidità permanente sono infatti estranei i concetti di equità e di iniquità. L'equità è una regola di liquidazione del danno (art. 1226 c.c.), ed insieme alle altre regole di liquidazione del danno (il principio di indifferenza e quello di integralità) non viene in rilievo quando si tratta di *accertare fatti*, quale è il grado di invalidità permanente. L'accertamento *in facto* della validità residua all'infortunio è un accertamento concreto: è la descrizione di una condizione personale, che non può essere compiuta preoccupandosi se la percentuale espressa dal criterio adottato per la relativa quantificazione sia equa od iniqua. Spetterà all'organo giudicante, quando verrà il momento di convertire in denaro la stima compiuta dal medico-legale, fare ricorso se del caso all'equità correttiva od a quella integrativa, ex artt. 1226 e 2056 c.c.. Non meno erronee, però, sono le opinioni secondo cui delle "preesistenze concorrenti" debba tenersi conto variando attraverso calcoli e conteggi il grado di invalidità permanente obiettivamente accertato *in corpore*, e che al giudice non resti altro da fare che convertire in denaro tale percentuale. Questa opinione è erronea per due ragioni: -) *in facto*, perché poggia su un presupposto arcaico ed ormai divenuto erroneo obsoleto perché privo solide basi sciantifiche; -) *in iure*, perché non è coerente con la nozione di "danno biologico" adottata dal legislatore, da ultimo, negli artt. 138 e 130 cod. ass. e, in precedenza, già divenuta *diritto vivente* nella giurisprudenza. La stima del danno alla salute avviene, per convenzione, immaginando che sia pari a "100" l'efficienza sociale (o salute che dir si voglia) d'una persona sana, e misurando rispetto a questo "*benchmark*" la perdita causata dai postumi residui al sinistro. Il grado di invalidità permanente dunque - è bene sottolinearlo sin d'ora - non è il danno, ma è solo l'unità di misura del danno. E' la *mensura*, non il *mensuratum*. La tecnica di misurare in percentuale le conseguenze d'una lesione della salute è storia più antica di quella del danno alla salute. Essa sorse alla fine del XIX sec., allorché i Paesi europei economicamente più avanzati iniziarono ad introdurre l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro. Il nostro Paese vi provvide con la l. 17.3.1898 n. 80, il cui art. 9, comma primo, secondo alinea, stabilì che, in caso di infortunio produttivo di inabilità permanente al lavoro, l'indennizzo spettante alla vittime fosse "*eguale a cinque volte la parte di cui è stato o può essere ridotto il salario annuo*". In quell'epoca, infatti, non si concepiva l'autonoma risarcibilità della lesione della salute in sé e per sé considerata, e persino quella del danno non patrimoniale era fortemente contrastata (secondo Cass. Firenze 26.7.1915, in Foro ven., 1915, 548, ad esempio, "*non è risarcibile il danno consistente nella perdita di un membro del corpo umano (...), se non si dimostri quale diminuzione patrimoniale certa ne sia per conseguire*"). Pertanto l'unico danno concepibile e *misurabile*, in quell'epoca, non poteva che essere la riduzione del salario: e si suppose, per praticità di calcolo, che

tale riduzione potesse misurarsi in misura percentuale per praticità di calcolo, facendo pari a "100" non già l'efficienza sociale della vittima, ma la sua efficienza lavorativa. Il principio venne ribadito dall'art. 9 del r.d. 31.1.1904 n. 51, il cui regolamento di attuazione (r.d. 13.3.1904 n. 141), agli artt. 94 e 96, dispose: -) deve ritenersi come invalidità permanente parziale la conseguenza di un infortunio, *"la quale diminuisca in parte ma essenzialmente e per tutta la vita, l'attitudine al lavoro"* (art. 94, comma 2, r.d. cit.); -) *"agli effetti della liquidazione dell'indennità, il salario si considera ridotto nelle proporzioni seguenti"* (art. 95 r.d. cit.; seguiva una "tabella" delle varie invalidità, con la corrispondente indicazione della percentuale presunta di riduzione del salario: ad es., l'80% per la perdita d'un braccio; il 35% per la perdita d'un occhio, e così via). Tale criterio venne recepito dalle leggi successive in tema di infortuni sul lavoro: il r.d. 17.8.1935 n. 1765, ed il relativo regolamento attuativo (r.d. 25.1.1937 n. 200). Dunque il calcolo percentuale delle conseguenze d'una lesione della salute, quando apparve nel mondo del diritto, vi apparve perché concepito *per misurare la perdita del reddito* e della capacità di produrlo, non certo la perdita della salute. La capacità di lavoro è tuttavia una energia *esauribile*. E' infatti ben concepibile che possa esistere un individuo vivente e capace di assolvere almeno le fondamentali funzioni vitali, ma totalmente inabile al lavoro. Era pertanto logico e coerente con quel sistema, dovendo misurarsi in punti percentuali la perduta capacità di lavoro, che, delle preesistenze, si tenesse conto *nella determinazione del grado di inabilità*. Sarebbe, stato, infatti, iniquo addossare al responsabile (o all'assicuratore contro gli infortuni) il pagamento d'una indennità corrispondente alla perdita dell'intero salario, quando la vittima già prima dell'infortunio non era in grado di ottenere un salario di quel livello, od addirittura un salario purchefosse. Sicché, essendo anche allora demandata al medico-legale la determinazione del grado percentuale di inabilità permanente, fu giocoforza che l'incidenza delle preesistenze fosse a lui demandata al medico-legale, e rifluisse nella determinazione (non del risarcimento, ma) della suddetta percentuale di inabilità. Calcolo sempre possibile, perché avendo ogni lavoratore un salario, ed essendo esauribile la capacità di produrlo, ben poteva concepirsi un parametro di riferimento per la liquidazione del danno (l'inabilità assoluta totale, o 100% di inabilità) uguale per tutti. Le cose vanno ben diversamente, però, quando si tratta di stimare un danno alla salute. La salute, infatti, al contrario della capacità di lavoro, è un bene *inesauribile*. Chiunque viva per ciò solo ne possiede un'aliquota, né sarebbe concepibile l'esistenza in vita d'una persona "senza salute". Persino colui il quale fosse affetto da patologie gravissime conserverebbe pur sempre un suo stato di salute ed una sua validità biologica, per quanto compromesse (ragione per cui si è affermato rettamente che la misurazione della compromissione della salute *"non consente scale*

centesimali finite”). Questa ontologica differenza tra il danno da riduzione della capacità di lavoro ed il danno alla salute rende inutilizzabili i criteri concepiti per stimare l’incidenza delle preesistenze su una lesione della capacità di lavoro, quando si tratti di stimare l’incidenza delle preesistenze su una lesione della salute. Rapporti, calcoli proporzionali ed equazioni - anche a prescindere dalla loro condivisibilità scientifica - in questo secondo caso non restituiscono valori attendibili, perché non è concepibile un *benchmark* (il “100%” di validità biologica) uguale per tutti i danneggiati. Chi, dopo aver perso metà dello stipendio per causa di inabilità, patisca un secondo infortunio che lo obbliga a rinunciare ad un ulteriore quarto del suo reddito, ha patito un danno oggettivamente misurabile, quale che sia l’entità del suo reddito. Chi, invece, avendo già un ginocchio anchilosato in posizione sfavorevole, subisca l’anchilosi anche dell’altro, potrà patire conseguenze ben diverse a seconda che sia giovane od anziano, dinamico o sedentario, ipocondriaco od esuberante; se vive solo od in compagnia, se ha parenti o no; se ha dovuto rinunciare ad attività realizzatrici della sua personalità, oppure no. Egli avrà dunque una validità antesinistro (il “suo” 100%) non comparabile con quella degli altri individui, ed è rispetto a tale concreta validità, e non a calcoli astratti, che andrà determinata l’effettiva incidenza del danno alla salute. E’, infatti, l’entità delle concrete rinunce indotte dalla menomazione che determina l’entità del danno, e tale entità può rivelarsi nei singoli casi assai cospicua anche per una persona già affetta da gravi invalidità se, nonostante queste, il danneggiato riusciva comunque a dedicarsi ad attività per lui gratificanti, ed alle quali abbia dovuto rinunciare a causa del secondo infortunio. E’ vero, poi, anche l’opposto: e cioè che invalidità anche gravi possano essere prive di conseguenze, se insuscettibili di modificare *in pejus* la qualità della vita della vittima (come nel caso di scuola del tetraplegico che patisca una frattura calcaneare). L’opinione secondo cui le invalidità preesistenti all’infortunio impongano una variazione del grado percentuale di invalidità permanente obiettivamente accertato *in corpore*, e di esse deve tenere conto il medico-legale e non il giudice, oltre che fondata su un presupposto divenuto erroneo, è altresì non coerente col sistema della legge. Come già accennato, la liquidazione del danno alla salute deve essere rispettosa dei criteri dettati dall’art. 1223 c.c., e l’art. 1223 c.c. esclude dal novero dei danni risarcibili le conseguenze mediate ed indirette della condotta illecita od inadempiente. La delimitazione del perimetro dei danni risarcibili, come si è già illustrato in precedenza, è questione di causalità giuridica, e l’accertamento della causalità giuridica è compito eminente del giudice. Nella stima del danno alla salute al medico-legale si demanda il prezioso compito di *misurare* l’incidenza della menomazione sulla vita della vittima, misurazione che come detto avviene, per risalente tradizione (oggi recepita dalla legge) in punti percentuali. Ma non va mai dimenticato che il grado

percentuale di invalidità permanente non è che una unità di misura del danno, non la sua liquidazione. 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. Le osservazioni che precedono sono indirettamente confermate dalle "Istruzioni" contenute nell'allegato I al d.m. 3.7.2003 (in Gazz. Uff. 11.9.2003 n. 211), del quale fanno parte integrante per espressa previsione dell'art. 1, col quale è stata approvata la tabella delle invalidità in base alla quale liquidare il danno permanente alla salute causato da sinistro stradali e consistito in postumi di lieve entità, ex art. 139 cod. ass.. Ivi infatti si stabilisce che *"nel caso in cui la menomazione interessi organi od apparati già sede di patologie od esiti di patologie, le indicazioni date dalla tabella andranno modificate a seconda della effettiva incidenza delle preesistenze rispetto ai valori medi"*. Regola che, se rettamente intesa - come è doveroso - alla luce dei principi generali del diritto civile, null'altro significa se non che, quando si deve stimare il grado percentuale di invalidità permanente sofferto da persona già invalida prima del sinistro, deve tenersi conto delle rinunce *complessive* cui questa sarà soggetta, senza pretendere di dividere l'essere umano in porzioni anteriori e posteriori al sinistro. 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, richiedono al medico-legale di valutare il grado di invalidità permanente obiettivo e complessivo presentato dalla vittima, senza alcuna variazione in aumento od in diminuzione e senza applicazione di alcuna formula proporzionale.

15) La liquidazione del danno.

Detto come debba accertarsi il danno alla salute patito dalla persona già invalida, resta da dire della sua liquidazione, ovviamente nei limiti in cui il relativo sindacato è consentito a questa Corte: e cioè quali siano i criteri liquidativi non irrispettosi dei principi di integralità e proporzionalità del risarcimento del danno alla salute. Il danno permanente alla salute, come qualsiasi altro pregiudizio, consiste concettualmente in una differenza: quella tra le attività che lo stato di salute della vittima le consentiva di svolgere prima dell'infortunio, e le attività residue che invece le sono consentite dallo stato di salute consolidatosi dopo l'infortunio. Anche il danno biologico patito da persona già portatrice di postumi preesistenti consisterà dunque in una differenza: per l'esattezza, esso è pari allo scarto tra le conseguenze complessivamente patite dalla vittima dell'infortunio (i postumi complessivi), e le più lievi conseguenze dannose che la vittima avrebbe invece teoricamente

dovuto tollerare a causa della sua patologia pregressa, se l'infortunio non si fosse verificato. Si è detto tuttavia che il principio di causalità giuridica (art. 1223 c.c.) impone di espungere dal novero delle conseguenze dannose risarcibili quelle preesistenti all'infortunio, e che il nesso di causalità giuridica tra evento lesivo e conseguenze dannose risarcibili fatto illecito e postumi va accertato: -) sul piano del criterio di giudizio, con l'accertamento controfattuale: e cioè ipotizzando quale sarebbe potuta essere la condizione di salute della vittima, al momento della liquidazione, se l'illecito non ci fosse stato (*ex multis*, Sez. 3 - , Ordinanza n. 23197 del 27/09/2018, Rv. 650602 - 01; Sez. L - , Sentenza n. 47 del 03/01/2017, Rv. 642263 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 2085 del 14/02/2012, Rv. 621799 - 01); -) sul piano della prova, con la regola c.d. della "preponderanza dell'evidenza", e cioè valutando se il fatto illecito tra l'evento lesivo e le conseguenze dannose la lesione da esso causate corra un legame probabilistico "relativo" o non possa dirsi la causa meno improbabile dei postumi, tra tutti quelli astrattamente idonei a produrli (*ex multis*, Sez. 3 - , Sentenza n. 25112 del 24/10/2017, Rv. 646451 - 01; Sez. 3 - , Sentenza n. 25113 del 24/10/2017, Rv. 646452 - 02; Sez. 3, Sentenza n. 3390 del 20/02/2015, Rv. 634481 - 01). Applicando il criterio controfattuale alla fattispecie qui in esame, non potranno darsi che due eventualità: o le forzose rinunce patite dalla vittima in conseguenza del fatto illecito sarebbero state identiche, anche se la vittima fosse stata sana prima dell'infortunio; oppure quelle conseguenze dannose sono state amplificate dalla menomazione preesistente. Nel primo caso la menomazione preesistente sarà giuridicamente irrilevante, come già detto. Se, invece, in applicazione del giudizio controfattuale, dovesse concludersi che le conseguenze del fatto illecito, a causa della menomazione pregressa, sono state più penose di quelle che si sarebbero verificate se la vittima fosse stata sana, la preesistenza diviene giuridicamente rilevante. Senza di essa, infatti, il danno ingiusto finale patito dalla vittima sarebbe stato minore. Se dunque la preesistenza ha aggravato il danno patito dalla vittima, ciò vuol dire che questo danno non è nella sua interezza una conseguenza immediata e diretta del fatto illecito, ma lo è soltanto per la parte che si sarebbe ugualmente verificata, anche se la vittima fosse stata sana. Per la parte restante, il danno è *una conseguenza mediata*, perché alla produzione di essa hanno concorso sia l'illecito, sia le preesistenze; per questa parte, dunque, il danno, benché in *toto* imputabile sul piano della causalità materiale, non è integralmente risarcibile, ai sensi dell'art. 1223 c.c. (Sez. 3, Sentenza n. 15991 del 21/07/2011, Rv. 618882 - 01). Ne consegue che la stima del danno alla salute patito da chi fosse portatore di patologie pregresse richiede innanzitutto che il medico legale fornisca al giudicante una doppia valutazione: -) l'una, reale e concreta, indicativa dell'effettivo grado percentuale di invalidità permanente di cui la vittima sia complessivamente portatrice all'esito dell'infortunio,

valutato sommando tutti i postumi riscontrati *in vivo* e non *in vitro*, di qualunque tipo e da qualunque causa provocati; -) l'altra, astratta ed ipotetica, pari all'ideale grado di invalidità permanente di cui la vittima era portatrice prima dell'infortunio. Ovviamente - non sarà superfluo ricordarlo - nel formulare tali valutazioni 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, infatti, sarebbe preclusa al giudice la possibilità di ripercorrere l'*iter* logico seguito dal medico-legale, e quindi di valutare la correttezza del suo operato. Una volta stabilito il grado di invalidità permanente effettivo della vittima, e quello che presumibilmente avrebbe presentato se il sinistro non si fosse verificato, la liquidazione del danno *non* può certo avvenire sottraendo brutalmente il secondo dal primo, applicando (erroneamente) il criterio del frazionamento della causalità materiale. Il risarcimento del danno alla salute, infatti, sia quando è disciplinato dalla legge, sia quando avvenga coi criteri introdotti dalla giurisprudenza, avviene comunque con modalità tali che il *quantum debeatur* cresce in modo più che proporzionale rispetto alla gravità dei postumi: ad invalidità doppie corrispondono perciò risarcimenti più che doppi. Ne consegue che tale principio ne resterebbe vulnerato se, nella stima del danno alla salute patito da persona già invalida, si avesse riguardo solo al "*delta*", ovvero all'incremento del grado percentuale di invalidità permanente ascrivibile alla condotta del responsabile. Sono infatti, le funzioni vitali perdute dalla vittima e le conseguenti privazioni a costituire il danno risarcibile, non certo il grado di invalidità, che ne è solo la misura convenzionale: e poiché le suddette sofferenze progrediscono con intensità geometricamente crescente rispetto al crescere dell'invalidità, l'adozione del criterio sostenuto dalla società ricorrente condurrebbe ad una sottostima del danno, e dunque ad una violazione dell'art. 1223 c.c.. D'una persona invalida al 60%, che in conseguenza d'un fatto illecito divenga invalida al 70%, non si dirà che ha patito una invalidità del 10%, da liquidare con criteri più o meno modificati rispetto a quelli *standard*. Si dirà, al contrario, che, sul piano della causalità materiale, ha patito una invalidità del 70%, perché questa è la misura del suo stato attuale di salute, e tale invalidità occorrerà innanzitutto trasformare in denaro. Dopodiché, essendo una parte del suddetto pregiudizio slegata eziologicamente dall'evento illecito, per una stima del danno rispettosa dell'art. 1223 c.c. non dovrà farsi altro che trasformare in denaro il grado preesistente di invalidità, e sottrarlo dal valore monetario dell'invalidità complessivamente accertata *in corpore*. Un diverso criterio, per contro, finirebbe per confondere il danno con la sua misura, perché lo identifica con la percentuale di invalidità permanente, e la parte con il tutto, perché trascura di considerare che ogni individuo costituisce un *unicum* irripetibile, rispetto al quale le conseguenze dannose del fatto illecito vanno

dapprima considerate e stimate nella loro globalità, e poi depurate della quota non causalmente riconducibile alla condotta del responsabile. Ma il danno alla salute consiste nelle rinunce forzose indotte dalla menomazione, non nel punteggio di invalidità permanente. Pertanto chi è invalido al 70% ha perduto - teoricamente - la possibilità di svolgere il 70% delle attività precedentemente svolte, e la stima di questo danno non può che avvenire ponendo a base del calcolo il valore monetario previsto per una invalidità del 70%. Esemplificando ulteriormente, il soggetto monocolo che abbia perso l'altro occhio in conseguenza della condotta illecita altrui, non potrà vedersi risarcire, sic et simpliciter, il valore monetario della percentuale di invalidità prevista per la perdita di un occhio, dovendosi viceversa procedere alla quantificazione del risarcimento sulla base delle capacità perdute (in altri termini sulla base della perdita dell'intero senso della vista, e non di quella dell'organo materialmente leso). Né ha pregio il rilievo secondo cui l'applicazione rigida di tale criterio potrebbe condurre ad esiti iniqui o paradossali. Infatti, dal momento che si versa pur sempre in tema di liquidazioni equitative ex art. 1226 c.c., sarà sempre possibile per il giudice di merito aumentare o ridurre il risultato finale del calcolo liquidatorio, ove le lo impongano le circostanze del caso concreto.

16) **Conclusioni**

- A) lo stato anteriore di salute della vittima di lesioni personali può concausare la lesione, oppure la menomazione che da quella derivata;
- B) la concausa di lesioni è giuridicamente irrilevante;
- C) la menomazione preesistente può essere concorrente o coesistente col maggior danno causato dall'illecito;
- D) saranno "coesistenti" le menomazioni i cui effetti invalidanti non mutano per il fatto che si presentino sole od associate ad altre menomazioni, anche se afferenti i medesimi organi; saranno, invece, "concorrenti" le menomazioni i cui effetti invalidanti sono meno gravi se isolate, e più gravi se associate ad altre menomazioni, anche se afferenti ad organi diversi;
- E) le menomazioni coesistenti sono di norma irrilevanti ai fini della liquidazione; né può valere in ambito di r.c. la regola sorta nell'ambito dell'infortunistica sul lavoro, che abbassa il risarcimento sempre e comunque per i portatori di patologie pregresse;
- F) le menomazioni concorrenti vanno di norma tenute in considerazione:

G) stimando in punti percentuali l'invalidità complessiva dell'individuo (risultante, cioè, dalla menomazione preesistente più quella causata dall'illecito), e convertendola in denaro;

H) stimando in punti percentuali l'invalidità *teoricamente* preesistente all'illecito, e convertendola in denaro; lo stato di validità anteriore al sinistro dovrà essere però considerato pari al 100% in tutti quei casi in cui le patologie pregresse di cui il danneggiato era portatore non gli impedivano di condurre una vita normale;

I) sottraendo l'importo (b) dall'importo (a).

L) resta imprescindibile il potere-dovere del giudice di ricorrere all'equità correttiva ove l'applicazione rigida del calcolo che precede conduca, per effetto della progressività delle tabelle, a risultati manifestamente iniqui per eccesso o per difetto.