

Roma, 12 e 13 Marzo 2004

Lettura Magistrale

**Avv. Ugo Dal Lago**

AMAMI

Associazione Medici Accusati di Malpractice Ingiustamente

CONGRESSO NAZIONALE SUL TEMA:

"MEDICAL MALPRATICE

Dalla prevenzione alla rivalsa del medico innocente"

PROFILI DEL DANNO ALLA PERSONA

Sommario:

- I. Esperienze di medici.-
  - II. I danni in generale.-
    - 1. Il sistema della responsabilità civile tra art. 2043 e art. 2059 C.C.
    - 2. Il danno biologico.-
    - 3. La variante psichica del danno biologico.-
    - 4. Il danno morale.-
    - 5. L'idea del danno esistenziale.-
    - 6. Le diverse ricostruzioni del danno esistenziale.-
  - III. I danni al medico colpito dall'ingiusta accusa di malpractice.-
    - 1. Subire il processo.-
    - 2. Quando la lite è temeraria.-
    - 3. La gogna mediatica.-
    - 4. I danni punitivi.-
- Conclusione.-

## I. ESPERIENZE DI MEDICI.-

La premessa alla relazione che ho l'onore e l'onere di svolgere in questa sede tanto qualificata, e che sarà imperniata sulle diverse categorie di danno esistenti nel nostro sistema della responsabilità civile e sui rimedi ai quali può ricorrere un medico ingiustamente accusato di malpractice non può che prendere le mosse dalla denuncia del vissuto -dall'accusa al proscioglimento- di due eminenti primari che ho difeso e la cui vicenda personale si è conclusa col proscioglimento prima del dibattimento.-

Il primo (primario ortopedico all'inizio di una fulgida carriera) mi scrive:

"L'amarezza, la frustrazione e la successiva rabbia sono direttamente proporzionali all'impegno profuso, alla Cura (C maiuscolo non è un errore) ed alla quota della propria vita dedicati all'attività medica. Non parlo di missione del medico, perché un missionario può alla fine misurare il proprio lavoro con un utile: un religioso con il numero di nuovi fedeli; non parlo di lavoro, perché nel lavoro normalmente vi è una resa proporzionale al tempo profuso; parlo di attività, che nella radice stessa del termine sposta l'indicatore su chi agisce e non sul risultato: un bravo medico quando agisce non fa il medico, ma è un medico; e l'attività del bravo medico ha una "resa" solo personale: soddisfazione, perché per l'utente il miglioramento è normale e dovuto. Le dico questo perché come è totalizzante l'attività, così per noi medici sono punitivi sul piano personale i fallimenti. Per questo bene e per questo male l'attività dei medico può essere considerata unica.

Se poi il medico ricopre anche un ruolo di guida (motivazione + coinvolgimento) di una équipe, il fango gettato ingiustamente su di lui ha un effetto di disorientamento sui collaboratori e distruttivo sul sistema. Le confesso che ho taciuto quando in quell'occasione uno dei miei giovani medici mi ha chiesto: perché? dentro di me pensavo a qualche copia di quotidiano locale venduta in più e a qualche scontata ripetizione di luoghi comuni sulla malasanità esibita ad alta voce in coda al supermercato o sotto il casco di una parrucchiera.

Ma Lei ha notato come in tutti gli articoli che hanno trattato l'episodio compaiono, regolarmente tutti i nomi, cognomi ed età (perché l'età? E' un sostituto giornalistico delle impronte digitali?) dei medici abbinati ai termini: "emorragia devastante" e "ritardo colpevole"? Gli esperti di comunicazione di massa conoscono molto bene gli

effetti promozionali o ghezzanti di un abbinamento di parole sulla quota acritica (purtroppo la più numerosa) degli utenti.

Tristezza e dolore vero, non rassegnazione e piuttosto rabbia.

E qui riemerge la caratteristica dell'attività del medico: nella nostra società, improntata al profitto, un rovescio (giusto o ingiusto) determina il ripensamento di obiettivi e strategie; il medico trova la motivazione per amare ancor più il suo lavoro ..... unico".-

Il finale positivo non cancella quelle parole pesanti come pietre, che "disegnano" in modo pregnante la rabbia di chi si vede colpito per ignoranza o voglia di speculazione.- Diverso è il tono della seconda lettera, scrittami da un primario di chirurgia.-

"L'accusa di malasanità è un'esperienza sconvolgente per un chirurgo. Gli elementi obiettivi che la determinano sono: il venir meno della fiducia del paziente, che si intendeva aiutare; l'impatto con le procedure legali; la paura delle possibili evoluzioni della faccenda con i suoi risvolti penali e civili.

Primo a risentirne è lo stato emotivo con l'instaurarsi di un sentimento di disadattamento che coinvolge l'intera personalità con effetti riflessivi sull'autostima e relazionali sulla disponibilità al lavoro ed ai contatti con l'ambiente. Nel clima di imminente soccombenza in cui ricordi e citazioni sono catastrofiche, l'equilibrio personale viene sconvolto e le condizioni e motivazioni psicologiche ad operare alterate o messe in dubbio. Giova poco la considerazione che simili disavventure fanno parte del rischio professionale, e che un ambiente sempre più litigioso ne sta moltiplicando il numero. La frustrazione è approfondita dalla consapevolezza della entità crescente degli indennizzi richiesti ed accordati, oltre che dei possibili risvolti penali sulla professione ed i diritti civili, con le collegate reazioni dell'ambiente di lavoro e dell'entourage privato.

È necessario fare ricorso a tutte le risorse della propria strutturazione e stabilità psicologica per riorganizzare il riassetto mentale nella nuova, inopinata, situazione esistenziale.

In questa fase sono importanti il supporto psicologico e informativo del proprio legale, e la familiarità, per preparazione o esperienze precedenti dirette o indirette, con le testimonianze, gli interrogatori, i comportamenti prudenti e le relazioni con le compagnie assicuratrici.

Il medico citato in giudizio prova un senso di profondo isolamento, e si sente improvvisamente inerme, quando è messo di fronte alle prescrizioni standard della magistratura, alle inconsuete procedure burocratiche, ai ragguagli, consigli e richieste del proprio ufficio legale, alle esagerate testimonianze di fiducia da parte degli amici, alle strette di mano vibrante o timide dei colleghi, alle occhiate sfuggenti o di intesa e alle teste chine dei conoscenti, ai dubbi e sguardi imploranti dei figli.

Una dolente sorpresa è il vedersi querelato, anche oltraggiosamente, per imprudenza, imperizia o negligenza a causa di comportamenti scelti coscienziosamente e con cognizione. Aggiunge paura l'accento, nella querela, a esemplarità della sanzione pubblica con il richiamo a finalità di prevenzione della eventuale condanna.

L'insicurezza per i risvolti professionali e di carriera continua ad occupare la mente. Conseguenze oggettive sull'ambiente di lavoro e i suoi frutti, alterazioni dell'ambiente familiare e privato, sono inevitabili, qualunque sia l'esito della querelle.

I tempi lunghi della giustizia dilatano le conseguenze sociali ed economiche dell'evento. Il medico coinvolto continua a ripetere esami di coscienza, a rimuginare dubbi, ad accumulare frustrazione, risentimento, desiderio di giustizia e di rivalsa.

D'allora in poi l'atto professionale conterrà accresciute connotazioni difensive, la simpatia e il compatimento verso l'individuo sofferente saranno velati da un sotterraneo sospetto e riguardo. Il proscioglimento è la fine di un incubo, ma gli effetti esistenziali si prolungano: la paura provata, le emozioni patite, il sentimento della vita menomata nella sua qualità e, forse, anche, durata, permangono nella memoria; l'assetto biochimico e le facilitazioni sinaptiche dell'emisfero di destra hanno assunto un nuovo equilibrio.

Professionalmente la verginità solare del buon samaritano vira verso l'impersonale fornitura di un servizio inquinato dalla documentata reciprocità di rischio ed il deterioramento delle condizioni di esercizio della medicina si accompagna alla stratificazione, più o meno cosciente, della percezione di un credito inesigibile, "in sofferenza".

In questi accenti accorati l'occhio del giurista, specie dell'avvocato, legge le tracce di un danno esistenziale, fors'anche biologico - psichico, che va oltre il periodo di sottoposizione alle vicende giudiziarie; e danno morale, ovviamente.-

Nella prima lettera è quest'ultimo ad avere risalto, oltre al danno all'immagine.-

Ma cosa significano queste etichette che noi giuristi utilizziamo per descrivere con un termine freddo e sintetico drammi interiori come quelli così acutamente descritti dai miei eminenti assistiti?-

## II. I DANNI IN GENERALE.-

### 1. Il sistema della responsabilità civile tra art. 2043 e art. 2059 C.C..-

Il sistema generale del risarcimento del danno si orienta su alcune fondamentali distinzioni, la prima delle quali è quella tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale. Il primo è di più facile definizione e comprende per espressa previsione di legge (art. 1223 C.C.) sia la perdita subita dal danneggiato (il c.d. danno emergente) che il suo mancato guadagno (il c.d. lucro cessante).-

Ma è l'altra categoria quella che maggiormente ha impegnato gli interpreti e che lo scorso anno è giunta ad una svolta che ha ridisegnato il sistema della responsabilità civile, completando così un'evoluzione iniziata nel 1986.-

Tradizionalmente il sistema di risarcimento del danno è fondato su due articoli del codice civile, che ne rappresentano i due poli fondamentali:

- 1) l'art. 2043 c.c. che statuisce in linea generale il diritto al risarcimento del danno ingiusto, e non distingue tra danno patrimoniale e non patrimoniale, ma li ricomprende entrambi come conseguenze della lesione di un interesse giuridico meritevole di tutela, leso da un fatto ingiusto;
- 2) l'art. 2059 c.c. che introduce una disciplina speciale per il danno non patrimoniale limitando (o almeno così era sino al Luglio dello scorso anno) il suo risarcimento ai "casi determinati dalla legge": il che vuol dire che tale pregiudizio va risarcito in casi particolari, tra i quali assume particolare rilievo la fattispecie di reato, per cui soccorre la norma dell'art. 185 C.P:

"ogni reato che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che a norma delle leggi civili debbono rispondere per il fatto di lui".-

Ne risultava un sistema fortemente limitativo del risarcimento, e per questa ragione fu ripetutamente portato all'esame di costituzionalità e più volte -mi si passi la battuta- "rimandato a settembre", finché nel 1986 la Corte Costituzionale esclude dall'ambito di applicabilità dell'art. 2059 il danno della salute, danno fisiologico o - nella locuzione che poi ha avuto più fortuna- danno biologico; nell'ambito applicativo dell'art. 2059 rimase solo il danno morale soggettivo:

"L'art. 2059 c. c., nel disporre che il danno non patrimoniale dev'essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge, si riferisce solo al danno morale soggettivo, consistente in ingiuste perturbazioni dell'animo o in sensazioni dolorose, e non esclude la risarcibilità delle lesioni alla salute, ancorché non produttive di pregiudizio patrimoniale, altrimenti dette <danno biologico>: così interpretato, esso non contrasta con gli art. 2, 3, 24, 32 cost."

(Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in Giust. It., 1987, I, 1, 392; Foro It. 1986, I, 2976; Giust. Civ., 1986, I, 2324, Resp. Civ. Prev., 1986, 1007).-

La Corte Costituzionale introdusse in questo modo il diritto al risarcimento del danno alla salute (danno biologico), fondato sul combinato disposto dell'art. 2043 c.c. e dell'art. 32 della Costituzione che, appunto, enuncia il diritto alla salute.-

La sentenza 184/1986 ha lasciato la porta aperta per l'emersione di un nuovo gruppo di danni: i danni a tutti quei diritti fondamentali della persona diversi dal diritto alla salute, ma che trovano anch'essi riconoscimento a livello di Costituzione; un gruppo di danni che l'elaborazione dottrinale ha raccolto sotto la denominazione di danno esistenziale, che sta avendo ormai una piena consacrazione giurisprudenziale: il ragionamento della sentenza 184/1986 viene esteso anche agli altri diritti fondamentali della persona tutelati dall'ordinamento.-

Come prima il danno biologico, anche il danno esistenziale viene così sottratto al limite previsto dall'art. 2059 C.C., al quale rimane sottoposto il solo danno morale soggettivo (patema d'animo).-

Ma oggi, con l'ultima elaborazione giurisprudenziale che ha sempre più "indebolito" la clausola limitativa dei "casi previsti dalla legge", estendendo la risarcibilità del danno morale anche nelle ipotesi in cui il risarcimento si basi su un accertamento presuntivo della responsabilità del danneggiante, il vincolo dell'art. 2059 C.C. nei fatti è quasi inoperante.-

E, come si vedrà, è ormai in via di mutamento la tradizionale distinzione tra danni (illimitatamente) risarcibili ai sensi dell'art. 2043 C.C. e danni (limitatamente) risarcibili ai sensi dell'art. 2059 C.C.; le tre categorie dei danni biologico, esistenziale e morale trovano fondamento in un art. 2059 C.C. "depotenziato" e non più vincolante il giusto diritto al risarcimento.-

É significativa in proposito una recente sentenza della Corte d'Appello di Milano, che ha fatto proprio l'insegnamento della Cassazione e della Corte Costituzionale.-

Sotto la voce «danno non patrimoniale» rientrano: il danno morale soggettivo (c.d. «pretium doloris»), il danno biologico, (lesione dell'integrità psico-fisica suscettibile di accertamento medico legale) ed il danno esistenziale (alterazione della qualità della vita che si estrinseca nella lesione della personalità del soggetto nel suo modo di essere sia personale che sociale, consistente in «agire altrimenti» o in «non poter fare come prima»).

(App. Milano 11 novembre 2003, in Resp. civ. prev., 2003, 6, 1329).-

L'inquadramento dei danni biologico ed esistenziale sotto l'ombrello dell'art. 2059 C.C. non cambia il loro regime sostanziale, perché secondo l'attuale interpretazione di tale norma il risarcimento del danno non viene comunque condizionato alla preesistenza di una fattispecie penalmente rilevante. Ed anzi è proprio la nuova interpretazione dell'art. 2059 C.C. ad aver fatto venir meno i motivi che portavano a ricomprendere (un po' forzatamente) il danno biologico e quello esistenziale tra i danni risarcibili sulla base del solo art. 2043 C.C.-

## 2. Il danno biologico.-

Il danno biologico è quello che si identifica più facilmente: è il danno alla salute.

Dal 1986 al 2003 si è inserito il danno biologico nell'ambito dei danni risarcibili ai sensi dell'art. 2043 C.C. mentre, come si è visto, le ultime pronunce della Cassazione (Cass. Civ. Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827 e 8828, su cui amplius infra) lo riconducono all'art. 2059 C.C.-

Se la Giurisprudenza (ricordiamo la sentenza della Corte d'Appello di Milano 11 novembre 2003 sopra citata) ha già fatto proprio questo nuovo inquadramento, un apprezzamento è giunto anche dalla dottrina più tradizionalista<sup>1</sup>, per la quale:

"la riconduzione del danno biologico all'interno dell'art. 2059 mi sembra oggi convincente, proprio per il fatto che di tale categoria è offerta, con l'interpretazione «costituzionale» avallata dalla Corte di cassazione, una visione ampia, destinata a ricomprendere al suo interno la lesione di ogni profilo inerente alla persona, purché si tratti di «diritto inviolabile»".-

Questo autore vorrebbe dilatare la nozione di danno biologico oltre i suoi tradizionali confini, che a nostro parere non vengono invece toccati dal "trasferimento" dall'art. 2043 C.C. all'art. 2059 C.C.. Il danno biologico resta un danno da provare mediante accertamenti medico – legali, un danno tangibile, concreto, materiale quasi.-

In questo senso è stato inteso il danno biologico nelle disposizioni legislative che l'hanno esplicitamente considerato:

il D. lgs. n. 23.2.2000 n. 38 per il risarcimento del danno biologico in ambito INAIL;

la l. 5.3.2001 n. 57 per il risarcimento delle microlesioni da sinistro stradale.-

L'art. 13 del D. lgs. 38/2000 al comma 1 identifica

"il danno biologico come la lesione all'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale, della persona. Le prestazioni per il ristoro del danno biologico sono determinate in misura indipendente dalla capacità di produzione del reddito del danneggiato".-

E una formula pressoché identica è utilizzata dall'art. 5 della L. 57/2001, al comma 3, il quale specifica che come

"danno biologico si intende la lesione all'integrità psicofisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale. Il danno biologico è risarcibile indipendentemente dalla sua incidenza sulla capacità di produzione di reddito del danneggiato".-

---

<sup>1</sup> G. Ponzanelli, *Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in *Danno e resp.*, 2004, 1, 8.

Del danno biologico fa parte il danno psichico, che più ci interessa in quanto -com'è ovvio- le conseguenze dell'ingiusta sottoposizione a un procedimento civile o penale possono senz'altro portare conseguenze di ordine psicologico o psichiatrico, oltreché in taluni casi anche di ordine strettamente fisiologico.-

### 3. La variante psichica del danno biologico.-

Il danno biologico è il danno alla salute consistente in una malattia di natura psichiatrica, diretta conseguenza dell'evento lesivo.-

La giurisprudenza ha definito tale figura giuridica in una fattispecie di danno da morte del congiunto, nel quale si è prospettata

"l'ipotesi in cui il danno del superstite corrisponda ad un processo patogeno originato dal turbamento dell'equilibrio psichico che sostanzia il danno morale soggettivo, degenerante in un trauma fisico - psichico permanente, con perdita di qualità personali del soggetto colpito determinando una situazione non semplicemente limitata al "pretium doloris". In tali casi si tratta dunque di un danno che ha cagionato una lesione psichica permanente, in modo da consentirne l'inquadramento nella categoria del danno biologico, recante un'origine autonoma. Si tratta, in altri termini, di ipotesi di danno diretto subito dal superstite a seguito di un evento esterno che ha cagionato il danno psichico permanente. Va negata perciò la sussistenza del danno biologico "iure proprio" quando le conseguenze sui superstiti siano circoscritte nell'ambito del danno morale: ipotesi, questa, più ricorrente. Va, invece, riconosciuta quando l'alterazione psichica investa il soggetto colpito in maniera totale e irreversibile con effetti patologici anche di tipo somatico".-

(App. Milano, 1 febbraio 2000, in Giur. milanese, 2000, 326).-

Le difficoltà nel riconoscimento di tale figura di danno sono insite nella sua stessa nozione giuridica. In quanto danno biologico, quello psichico presuppone una valutazione medico legale, la quale è difficoltosa in primo luogo per quel che riguarda l'eziologia della malattia, e in secondo luogo per quel che riguarda la sua valutazione, che deve anche tenere conto di eventuali preesistenze.-

Autorevole dottrina<sup>2</sup> peraltro ritiene agevolmente superabili tali difficoltà, in quanto

"la storia di questa parte del torto (stando alle esperienze in cui essa si e' svolta con maggiore compiutezza, ossia per i paesi di common law o per la Germania) dimostra come gli organi giudiziari siano ben in grado, di solito, di smascherare ogni simulazione degli attori: non foss'altro che per la crescente raffinatezza del know how psichiatrico, sempre piu' oggettivato e globalizzato, nonche' in forza del bagaglio di saggezza che e' proprio, nella maggior parte dei casi, dei medici legali e degli psicopatologi forensi".-

Per questo autore<sup>3</sup> la valutazione del danno psichico va lasciata al prudente apprezzamento del consulente del giudice, data la peculiarità delle patologie psichiche.-

"Salvo forse per l'epilessia (che non e' comunque un vero disturbo psichiatrico), e pochi altri tipi di malesseri (di natura pero' prevalentemente neurologica), di tabelle infortunistiche non possono tendenzialmente immaginarsene, qui. E pur la' dove cifre o nomi del genere siano previsti, entro il sistema, la loro utilita' nel processo - per chi si veda chiamato a definire percentuali di invalidita' - rimane di solito modesta (v. anche infra, § 28).

E' il perito a dover compiere da solo, stavolta, tutta o la maggior parte del lavoro di commisurazione.

Le stesse etichette dei manuali (per quanto uniformi o condivise), le classificazioni delle malattie (benché sempre più omogenee, tra le varie scuole di freniatria), le descrizioni circa le singole sintomatologie, gli schemi in merito alle cure da seguire (anche qui con margini di contrasto via via minori, fra le diverse impostazioni): tutto cio' non varra' a fornire, in sede di giudizio, che una mera cornice di riferimento.

Sara' il riscontro della realta' dell'attore - di quel preciso individuo, col suo vissuto irripetibile - a risultare essenziale questa volta: e ciò sia per la determinazione del grado di invalidità (in relazione al mancato guadagno), sia per le altre voci negative (danno emergente, danno biologico, danno morale)".-

---

<sup>2</sup> P. Cendon, *Il danno psichico*, in *Le Nuove Voci del Diritto*, [www.studiocelentano.it/lenuovevocideldiritto](http://www.studiocelentano.it/lenuovevocideldiritto), seconda parte.

Personalmente non sono ottimista sulla possibilità che la consulenza disposta nel corso del giudizio possa davvero distinguere il grano dalla crusca, proprio per la particolarità delle patologie psichiatriche e per le stesse divisioni ideologiche all'interno della stessa psichiatria tra chi propugna una visione somatogena della malattia mentale e chi invece ha uno orientamento non organicista e più vicino alla psicoanalisi.-

#### 4. Il danno morale.-

Definire con precisione il danno morale è un esercizio che non è mai stato facile. Lo si è definito *pretium o pecunia doloris*, ma questa definizione non spiega in cosa debba identificarsi il dolore da risarcire.-

Una risalente definizione<sup>4</sup> ricollegava il danno morale ai dolori ed ai patemi che si producono in conseguenza di un danno alla persona.-

"Allo stregua delle considerazioni, che si sono aggiunte, ci pare ormai possibile concludere con sufficiente sicurezza che la figura dei danni morali debba senz'altro riferirsi alla sfera psichica del soggetto: si vuole dire al complesso dei suoi sentimenti, affezioni, ecc. che nell'ipotesi risultano colpiti dal torto".-

E più recente dottrina<sup>5</sup> ricorda che

"il nome (astratto) "patema" –che, in linea generale- viene riferito all'animo- significa sofferenza e quindi è sinonimo di dolore; la specificazione "d'animo" conduce ad interpretarlo come dolore psichico in contrapposizione a quello fisico che, per lo più, è chiamato dolore, *tout court*, che –secondo il vocabolario italiano- significa appunto "sensazione sgradevole, diffusa o localizzata, susseguente alla stimolazione di particolari ricettori sensitivi propri del sistema nervoso".-

---

<sup>3</sup> Cendon, *Danno psichico*, cit., terza parte.

<sup>4</sup> R. Scognamiglio, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in RDC 1957, 296.

<sup>5</sup> L. Rubini, *Nuove proposte per il risarcimento del danno a persona*, in RGCT 2000, 35.

Quando si parla di "perturbazione" o "patema" d'animo si vuole così intendere un fenomeno di alterazione del proprio vissuto, in contrasto con la normalità. Un fenomeno transitorio ma intenso, acuto, per usare un termine forse più familiare alla scienza medica.-

Altri<sup>6</sup> descrive il danno morale evidenziandone la natura di

"turbamento d'animo per sofferenze d'ogni genere subite per lesioni alla propria persona o a persone, a detto soggetto, legate, lesioni che possono anche concludersi con la morte (uccisione) del soggetto considerato".-

Danno morale soggettivo è quindi sofferenza della persona, dolore morale e psichico conseguenza indiretta o diretta dell'illecito.-

Da notare che una recente sentenza della Sezione Unite della Cassazione<sup>7</sup> riconosce il diritto al risarcimento del danno morale anche in assenza di un danno biologico, negando la necessità di un evento distinto rispetto al danno lamentato.-

Autorevole dottrina<sup>8</sup> ritiene comunque che la categoria del danno morale

"non è modificata dopo le decisioni del 2003: la sussistenza di un illecito penale, e non solo di un illecito civile, legittima il soggetto danneggiato a pretendere una riparazione monetaria, per il dolore sofferto, non in grado di refluire all'interno di una menomazione dell'integrità psicofisica".-

Sicuramente la recente ri-sistemazione della responsabilità civile ha precisato meglio la species del danno morale soggettivo all'interno del genus danno non patrimoniale.-

5. L'idea del danno esistenziale.-

---

<sup>6</sup> D. De Strobel, *Il cammino non facile verso il risarcimento integrale del danno alla persona. Dal danno biologico al danno esistenziale*, in DEA 2000, 1087

<sup>7</sup> Cass. civ. Sez. Un. 21 febbraio 2002 n. 2515, resa sul noto caso "Seveso" in *Corr. giur.*, 2002, 465, in *Danno e resp.*, 2002, 499, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 726 e in *Foro it.*, 2002, 999, ma vds. anche Cass. civ. Sez. Un. 1 luglio 2002 n. 9556, in G. Cassano, *La Giurisprudenza del danno esistenziale*, Piacenza, 2002, 921.

<sup>8</sup> Pozanelli, *Tre voci*, cit., 9.

Si può affermare che il danno esistenziale nasce per riempire quella "voragine" che secondo la dottrina<sup>9</sup> si era aperta tra il danno morale (ridotto a danno da reato) e il danno biologico (ridotto a lesione medicalmente accertabile).-

Autorevole dottrina<sup>10</sup> rileva l'identità logica tra il ragionamento che ha condotto al risarcimento del danno biologico e quello che porta a riconoscere il danno esistenziale: entrambi basati sull'abbinamento tra l'art. 2043 c.c. e le norme a tutela dei diritti fondamentali della persona.-

Il principio che la lesione a queste due categorie di diritti debba ricevere la stessa tutela viene oggi autorevolmente confermato dalla Cassazione, che afferma:

"in relazione alla questione cruciale del limite, al quale l'art. 2059 c.c. assoggetta il risarcimento del danno non patrimoniale mediante la riserva di legge (originariamente esplicita dal solo art. 185 c.p.), deve escludersi, allorché vengano in considerazione valori personali di rilievo costituzionale, che il risarcimento del danno non patrimoniale, che ne consegue, sia soggetto al limite derivante dalla riserva di legge correlata all'art. 185 c.p.: ciò che rileva, ai fini dell'ammissione a risarcimento, in riferimento all'art. 2059 c.c., è l'ingiusta lesione di un interesse alla persona, dal quale conseguano pregiudizi non suscettibili di valutazione economica. In particolare, una lettura della norma costituzionalmente orientata impone di ritenere inoperante il detto limite, se la lesione ha riguardato valori della persona costituzionalmente garantiti".

(Cass. Civ. Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828, in *Danno e resp.*, 2003, 715).-

Questa sentenza riconosce così la stessa natura "non patrimoniale" del danno biologico e del danno esistenziale: nel contempo dichiara l'inoperatività del limite dell'art. 185 c.p. nei confronti di tutti quei danni che coinvolgono valori della persona costituzionalmente garantiti.-

Essa giunge a dare definitiva consacrazione al danno esistenziale, dopo un percorso graduale e tormentato, iniziato con quella decisione che aveva ritenuto corretto estendere il

---

<sup>9</sup> P.G. Monateri, *Alle soglie: la prima vittoria in Cassazione del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, 837.

<sup>10</sup> P.G. Monateri, in P.G. Monateri, M. Bona ed U. Oliva *Il danno alla persona*, Torino, 2000, 836, che aggiunge "se non vale uno, non vale neppure l'altro", e nello stesso senso G. Cassano, *La Giurisprudenza del danno esistenziale*, Piacenza, 2002, 42.

“modello danno-evento, a suo tempo tratteggiato dalla Corte costituzionale con riguardo alla lesione del diritto alla salute ad “ogni analoga lesione di diritti comunque fondamentali della persona, risolvendosi in danno esistenziale od alla vita di relazione. La vigente Costituzione, garantendo principalmente e primariamente valori personali impone, infatti una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 2043 C.C. (che non si sottrarrebbe altrimenti ad esiti di incostituzionalità) ‘in correlazione agli articoli della carta che tutelano i predetti valori’ nel senso appunto che quella norma sia idonea a compensare il sacrificio che gli stessi valori subiscono a causa dell’illecito attraverso il risarcimento del danno (che) è sanzione esecutiva del precetto primario ed è la minima delle sanzioni che l’ordinamento appresta per la tutela di un interesse. Il citato art. 2043 C.C. correlato agli artt.li 2 e ss. Costituzione, va così necessariamente esteso fino a ricomprendere il risarcimento non solo dei danni in senso stretto patrimoniali, ma di tutti i danni che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana”.

(Cass. civ., Sez. I, 7 giugno 2000 n. 7713, in Dir. giust., 2000, f. 23, con nota di Dosi, in Resp. civ. e prev., 2000, con nota di Ziviz, in Danno e resp., 2000, con nota di Monateri e Ponzanelli).-

Nella sentenza n. 9009/2001 la Cassazione ha richiamato il precedente della 7713/2000, e l'interpretazione costituzionalmente orientata del sistema della responsabilità civile. E su questa base ha riconosciuto il diritto a risarcire la lesione dei diritti fondamentali della persona diversi dal diritto alla salute.-

Questa sentenza ha respinto inoltre l'opinione di chi ricomprende i pregiudizi alla sfera esistenziale nell'ambito del danno biologico perché

"proprio il discorso in ordine alla prova dell'esistenza del danno induce a distinguere nettamente la lesione dell'integrità fisica o psichica (cioé, la presenza di una patologia oggettiva, che si accerta secondo precisi parametri medico - legali), dal pregiudizio esistenziale, che, senza ridursi al mero patema di animo interno, richiama tuttavia disagi e turbamenti di tipo soggettivo".

(Cass. civ., Sez. lav., 3 luglio 2001 n. 9009, in Resp. civ. e prev., 2001, 1177, con nota di Ziviz).-

La dottrina più autorevole in materia ricostruisce<sup>11</sup> il danno esistenziale come comprensivo di due sottospecie: quello esistenziale biologico (il danno biologico) e quello esistenziale puro (il danno esistenziale in senso stretto), distinguendo le due sottocategorie sulla base dell'interesse leso: il diritto alla salute nel caso del danno biologico ed altri diritti fondamentali della persona nel caso del danno esistenziale in senso stretto.-

E' giusto ricordare che parte della dottrina è ancora contraria al riconoscimento del danno esistenziale; così il Ponzanelli<sup>12</sup> -il quale da sempre difende il sistema bipolare della responsabilità civile- e che dopo gli ultimi sviluppi giurisprudenziali è orientato al riconoscimento di una nuova categoria: il "danno non patrimoniale da lesione dei diritti costituzionalmente qualificati", affermando<sup>13</sup> che:

"nel caso di violazione del diritto costituzionale alla salute, il danno non patrimoniale prende il nome e il cognome di danno biologico; per quanto riguarda la lesione degli altri diritti costituzionalmente garantiti, si tratta unicamente di un danno non patrimoniale, che non coincide con il danno morale soggettivo (leggi: dolore e perturbamento d'animo), ma riguarda altri valori di tipo personale/non patrimoniale lesi dal fatto illecito altrui".

In realtà anche questo autore fa riferimento alla categoria esistenzialista, pur dandogli un nome diverso.-

Più rigida era la precedente posizione di chi<sup>14</sup> identificava il danno esistenziale con il danno morale interpretandolo come un

"raffinatissimo tentativo di aggirare (consapevolmente o meno) il divieto di cui all'art. 2059 Cc".-

Divieto che, tuttavia, è oramai venuto meno grazie anche all'esame di costituzionalità sollecitato per la prima volta nel lontano 1979 da parte mia; sia pure con esito negativo.-

---

<sup>11</sup> P. Ziviz, *Danno biologico e danno esistenziale: parallelismi e sovrapposizioni*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 419.

<sup>12</sup> G. Ponzanelli, *Una «nuova» stagione del danno non patrimoniale? Le Sezioni Unite e il caso Seveso*, in *Danno e resp.*, 2002, 502.

<sup>13</sup> Ponzanelli, *Tre voci*, cit., 9.

## 6. Le diverse ricostruzioni del danno esistenziale.-

La giurisprudenza favorevole al riconoscimento del danno esistenziale segue due diversi punti di vista, che partono entrambi dall'inquadramento (oggi pacifico) di tale categoria all'interno dei danni non patrimoniali:

- 1) il danno esistenziale costituisce una sorta di variante del danno morale (scuola torinese) da liquidare proporzionalmente a quest'ultimo;
- 2) il danno esistenziale è una categoria ampia che ricomprende sia il danno biologico che quello esistenziale in senso stretto (scuola triestina).-

Per la dottrina che adotta il secondo orientamento<sup>15</sup> il danno biologico va ricompreso nel danno esistenziale, e non viceversa, in quanto

"ad essere prese in considerazione, sul piano risarcitorio, sono sempre le conseguenze esistenziali negative subite dal soggetto leso, sia che venga in gioco la lesione della salute che la violazione di altri interessi direttamente incidenti sulla sfera personale".-

Il danno esistenziale deve allora prospettarsi<sup>16</sup>

"come entità comprensiva di due sotto-alvei fondamentali, quello del danno 'esistenziale biologico' (luogo in cui ricondurre le ipotesi effettive di aggressione alla salute) e quella del danno 'esistenziale non biologico' (sede per le menomazioni inerenti a beni diversi dall'integrità psicofisica)".-

Quest'ultima ricostruzione del danno esistenziale è stata approvata dal Tribunale di Milano, laddove enuncia il famoso "pentologo" del danno esistenziale, affermando che

---

<sup>14</sup> Trib. Roma 7 marzo 2002 in *Fam. dir.*, 2002, 513 con nota di Cassano.

<sup>15</sup> P. Ziviz, *La tutela risarcitoria della persona*, Milano, 1999, 423.

<sup>16</sup> P. Cendon, *Il danno esistenziale: profili sostanziali e processuali*, ne *I Quaderni dell'Associazione Guido Gentile n. 3 "Le attuali problematiche del processo risarcitorio per i danni alla persona"*, Vicenza, 2002, 14.

"perché possa ravvisarsi il 'danno esistenziale', occorre che sussistano le seguenti condizioni:

- 1) violazione del "diritto alla qualità della vita" e/o "alla libera estrinsecazione della personalità", con modificazioni peggiorative nella sfera personale del soggetto leso;
- 2) ingiustizia del danno secondo gli usuali parametri dell'art. 2043 C.C. in base a presunzioni di legge;
- 3) nesso di causalità tra comportamento lesivo e danno che deve tradursi in un giudizio di proporzionalità e di adeguatezza tra il fatto illecito e le conseguenze dannose;
- 4) consecutività temporale tra comportamento lesivo e danno;
- 5) mancanza del danno biologico"

(Trib. Milano 15 giugno 2000, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 461).-

Elemento caratterizzante di tale "pentologo" è la dichiarata incompatibilità tra il danno biologico e quello esistenziale, nel senso che ove ricorra uno non può sussistere l'altro; questo ragionamento conferma la teoria di due sottospecie dello stesso danno, alternative tra loro.-

Ma in realtà i Giudici milanesi forzano il senso della distinzione tra le due categorie di danno. Interpretando correttamente il pensiero di Cendon e Ziviz i due danni non sono ontologicamente incompatibili, come ha deciso il Tribunale di Locri<sup>17</sup> distinguendo tra il danno esistenziale puro e quello biologico-esistenziale. Anche altri Tribunali<sup>18</sup> hanno seguito l'insegnamento della scuola triestina (sebbene con minore chiarezza) ricostruendo la fattispecie del danno esistenziale come insieme comprensivo di danno biologico e di danno esistenziale puro.-

In giurisprudenza si ritrovano le più varie posizioni: da chi<sup>19</sup> considera il danno esistenziale come "danno psichico non organico", comprensivo delle più varie

---

<sup>17</sup> Trib. Locri 6 ottobre 2000, in *Fam. dir.*, 2001, 421, con nota di Cassano, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 409, in *Danno e Resp.*, 2001, 393.

<sup>18</sup> Trib. Palermo 8 giugno 2001 in *Fam. dir.*, 2002, 69, con nota di Bilotta, la quale sentenza definisce il danno biologico come un sottotipo del danno esistenziale, contrapponendolo al danno esistenziale non biologico; ma in questo senso implicitamente pare orientarsi anche il Trib. Pistoia 29 giugno 2001, in Cassano, *La Giurisprudenza*, cit., 635, che parla di un danno esistenziale specificando che "*non necessariamente esso si risolve in un danno biologico*".

<sup>19</sup> Trib. Lecce 5 ottobre 2001, *Riv. Giur. Circolaz. e Trasp.*, 2002, 86, nota di Vaglio; App. Milano 6 dicembre 2001, in Cassano, *La Giurisprudenza*, cit., 793.

alterazioni dell'equilibrio psicofisico; a chi<sup>20</sup> lo distingue nettamente dal danno biologico e morale, come terza figura di danno.-

Pur senza giungere alla rigidità del "pentologo" milanese, la strada corretta è probabilmente quella di riconoscere il risarcimento del danno esistenziale soltanto in presenza di torti reali a diritti della persona diversi dal danno alla salute<sup>21</sup>, indipendentemente dalla presenza di un danno biologico.

Il danno esistenziale in senso stretto può coesistere con il danno biologico (danno esistenziale - biologico), ma soltanto in circostanze eccezionali, che vanno adeguatamente provate. In realtà i due danni vanno ben distinti, essendo l'uno la lesione del diritto alla salute e l'altro la lesione ad altro diritto fondamentale della persona.

Indipendente dev'essere pure il riconoscimento del danno morale, che può -o meno- coesistere con il danno esistenziale puro come con quello esistenziale biologico. Come afferma il "padre" del danno esistenziale<sup>22</sup> possono infatti esservi

"fatti illeciti che arrecano unicamente danni morali; altri soltanto danni esistenziali; altri ancora sia i primi che i secondi".

Gli ultimi orientamenti della Cassazione, che ne confermano la qualificazione dottrinarica di "danno non patrimoniale" e lo includono in un'art. 2059 cc. non sottoposto al vincolo della riserva di legge, accentuano il rischio di una confusione concettuale tra il danno esistenziale e il danno morale. La soluzione<sup>23</sup> può essere quella di valorizzare il primo come lesione di valori fondamentali della persona da riconoscere nei casi e nei limiti in cui detta lesione effettivamente sussista.-

### III. I DANNI AL MEDICO COLPITO DALL'INGIUSTA ACCUSA DI MALPRACTICE.-

---

<sup>20</sup> Concisa ma chiara App. Torino 4 ottobre 2001, in *Danno e resp.*, 2002, 159, con nota di Bona; vds. anche Trib. Pisa 3 ottobre 2001, in *Lav. giur.*, 2002, 456, con nota di Nunin e in *Orient. giur. lav.*, 2001, I, 748, che ritiene possibile il concorso del danno esistenziale con i danni biologico, morale e alla vita di relazione; Trib. Ancona 18 marzo 2002, in Cassano, *La Giurisprudenza*, cit., 867.

<sup>21</sup> Si tratta di qualcosa di molto simile al "danno non patrimoniale da lesione dei diritti costituzionalmente qualificati" di cui parla Ponzanelli.

<sup>22</sup> P. Cendon, Premessa a Cassano, *La Giurisprudenza*, cit., 17

<sup>23</sup> La suggerisce R. Bordon, *Teoria e pratica del danno esistenziale*, *Fam. dir.*, 2003, 371.

## 1. L'accusa di malpractice.-

Quelle sopra illustrate sono le voci di danno che in via generale vengono riconosciute nel nostro ordinamento; voci che, con gli opportuni adattamenti al caso concreto, vengono in evidenza anche nell'ipotesi dell'accusa ingiusta di negligenza, imprudenza o imperizia rivolta ad un medico che invece sia stato diligente, prudente e perito nel proprio operato.

Il sostantivo inglese malpractice esprime bene l'offensività di tale accusa: il dizionario Zanichelli traduce tale termine come "malcostume", "illecito civile", "disonestà", "negligenza", "imperizia", "terapia sbagliata", traduzioni queste della stessa parola inglese che si sovrappongono nella prassi giudiziaria!

### Malpractice.

Questa infamante accusa colora in modo particolare le diverse categorie di danno sopra evidenziate, che vanno ovviamente adattate alla singola vicenda e ai suoi diversi risvolti umani.-

Dalla particolarità della fattispecie generatrice del danno derivano una serie di conseguenze altrettanto particolari, che passiamo ad esaminare.-

## 2. Subire il processo.-

Il sistema italiano della responsabilità civile ha il suo perno, come si è visto, nell'art. 2043 C.C.; ma esiste un'altra norma che può essere applicata al nostro caso, quando nei confronti del medico innocente si incardini un procedimento civile che i giuristi definiscono temerario.-

Si tratta dell'art. 96 C.P.C., norma del codice di rito della quale spesso si chiede a sproposito l'applicazione, ma che trova applicazione solo in rarissimi casi.-

Secondo l'art. 96 C.P.C.:

"Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, a istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche di ufficio, nella sentenza".-

Come ha attentamente osservato uno degli intervenuti<sup>24</sup> al Convegno organizzato nell'Ottobre scorso dall'Associazione Guido Gentile a Vicenza:

"la nozione di danno esistenziale potrà dare impulso alla responsabilità processuale, permettendo di risarcire non solo il danno patrimoniale sofferto per "l'ingiusto processo civile", ma, soprattutto, il danno non patrimoniale, ossia la "diversa agenda" della vita che il subire il processo ha portato.

Si intuiscono le potenzialità della applicazione del danno esistenziale al processo civile: non sarà permesso tramite azioni infondate, collegate ad una superficialità, o peggio, alla mala fede dell'attore, arrecare patimenti, sofferenze, disturbi alla controparte, costringendola a subire le ansie, i fastidi, i traumi che si possono verificare a causa del processo".-

L'osservazione è corretta e perfettamente applicabile al caso del medico coinvolto ingiustamente in un processo, sia esso civile o -peggio- penale.-

I limiti della responsabilità processuale sono nella difficoltà di provare i requisiti che fanno sorgere il diritto al risarcimento.-

Ricordo i presupposti per la condanna al risarcimento del danno per lite temeraria, come fissati dalla Suprema Corte di Cassazione:

"sono, oltre alla totale soccombenza, quel particolare stato soggettivo integrato almeno dalla colpa grave ed il danno della controparte. La colpa grave, concretandosi nel mancato doveroso impiego di quella diligenza che consenta di avvertire agevolmente l'ingiustizia della propria domanda, deve ritenersi sussistente tutte le volte in cui si proponga una domanda di revocazione di una sentenza della Corte di Cassazione, prospettandosi come vizio revocatorio un preteso error in iudicando commesso dalla Corte stessa, in presenza in una consolidata e costante

---

<sup>24</sup> G. Giusti, *Processo e danno esistenziale*, intervento al Convegno *Il danno esistenziale: traguardo di un percorso tormentato*, tenutosi a Vicenza il 3-4 Ottobre

giurisprudenza che esclude l'errore di giudizio dai vizi revocatori di cui all'art. 395 n. 4 cod. proc. civ., per le sentenze di legittimità, così come per quelle di merito. In tal caso, ai fini della quantificazione del danno da responsabilità aggravata ex art. 96 cod. proc. civ., non è neppure necessario che l'interessato deduca e dimostri uno specifico danno per il ritardo provocato dall'impugnazione inammissibilmente esperita sulla decisione della causa, potendo la Corte desumere detto danno da nozioni di comune esperienza e fare riferimento anche al pregiudizio che la parte resistente abbia subito di per sé, per essere stata costretta a reagire all'iniziativa del tutto ingiustificata dell'avversario e spesso senza che ciò possa essere adeguatamente compensato, sul piano strettamente economico, dal rimborso delle spese giudiziali". (Cass. civ., Sez.I, 18.2.1994, n.1592).-

E dal punto di vista dell'onere probatorio si è affermato che:

"colui che vuole ottenere il ristoro del pregiudizio sofferto, ai sensi dell'art. 96° I° comma cod. proc. civ., deve dare la prova sia dell'an sia del quantum (non essendo sufficiente l'accertamento che la controparte abbia agito in giudizio con mala fede o colpa grave); con la conseguenza che il giudice non può liquidare il danno, neppure con criteri equitativi, se non risultino dagli atti del processo elementi in base ai quali sia possibile identificarne concretamente l'esistenza". (Cass. civ., Sez.II, 1.12.1995 n.12422).-

Va tenuto ben presente che la responsabilità processuale aggravata è un istituto ben diverso dall'ordinaria responsabilità aquiliana; ed invero, come afferma sempre la Cassazione

"l'art. 96 c.p.c. si pone con carattere di specialità rispetto all'art. 2043 cod. civ. di modo che la responsabilità processuale aggravata, - ad integrare la quale è sufficiente nell'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 96 c.p.c. la colpa lieve, come per la comune responsabilità aquiliana, - pur rientrando concettualmente nel genere della responsabilità per fatti illeciti, ricade interamente, in tutte le sue possibili ipotesi, sotto la disciplina normativa contenuta nel citato art. 96 c.p.c., né è configurabile un concorso, anche alternativo, dei due tipi di responsabilità; e la

---

2003 (atti in corso di pubblicazione).

decisione in ordine a detta responsabilità è devoluta in via esclusiva al giudice cui spetta conoscere il merito della causa".

(Cass. civ., Sez.II, 12.3.2002, n.3573, in Arch. Civ., 2003, 99).-

La decisione in ordine alla sussistenza di una responsabilità per lite temeraria o per calunnia (nel caso di denuncia penale che sia connotata dalla "consapevolezza dell'innocenza dell'incolpato") si fonda sulla mancata osservanza di quelle regole prudenziali che passiamo ad esaminare.-

### 3. Quando la lite è temeraria.-

Si è dunque parlato di ingiusta accusa, di lite temeraria, di calunnia: ma quand'è che il medico sottoposto ad ingiusto procedimento può aver titolo per richiedere il risarcimento dovutogli a chi non abbia seguito -prima di denunciarlo- gli indispensabili criteri di prudenza, che vanno osservati prima di intraprendere un'azione civile o presentare una denuncia penale?-

Il discrimine è dato dal rispetto -o meno- dei criteri di prudenza indicati dalla Cassazione, la quale precisa i criteri secondo i quali si può dimostrare l'esistenza di una colpa professionale medica.-

Tali criteri sono più stringenti nel caso di un procedimento penale, nel qual caso di afferma che

"il nesso di causalità deve essere accertato non sulla base dei soli coefficienti di probabilità statistica, bensì mediante l'utilizzo degli strumenti di cui il giudice penale ordinariamente dispone per le valutazioni probatorie, e può ritenersi sussistente quando, considerate tutte le circostanze del caso concreto, possano escludersi processi causali alternativi e si possa affermare in termini di "certezza processuale", ossia di alta credibilità razionale o probabilità logica, che sia stata proprio quella condotta omissiva a determinare l'evento lesivo".

(Cass. pen., Sez.IV, 3.10.2002 n.38334, CED Cass.; nello stesso senso Cass. pen., Sez.IV, 12.7.2001, n.37629, in Riv. Pen., 2002, 135).-

La Suprema Corte richiede quindi la dimostrazione che la condotta asseritamente omessa dal medico, ove attuata, sarebbe stata in grado di impedire l'evento con un grado di probabilità vicino alla certezza.-

Le Sezioni Civili della Cassazione hanno un orientamento meno rigoroso in quanto affermano che per accertare il nesso di causalità fra lesione personale ed un intervento chirurgico

"ove il ricorso alle nozioni di patologia medica e medicina legale non possa fornire un grado di certezza assoluta, la ricorrenza del suddetto rapporto di causalità non può essere esclusa in base al mero rilievo di margini di relatività, a fronte di un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica, specie qualora manchi la prova della preesistenza, concomitanza o sopravvenienza di altri fattori determinanti".

(Cass. civ., Sez.II, 21.1.2000, n.632, in Giur. It., 2000, nota di Matteo).-

Non si richiede quindi un grado di probabilità vicino al 100%, ma comunque un ragionevole criterio di probabilità.-

Le indicazioni della Suprema Corte di Cassazione devono quindi imporre a chi pretende il risarcimento ma anche e soprattutto al legale cui questi si affidi una ponderata e prudente valutazione dei presupposti dell'azione. Azione che va imprescindibilmente preceduta da una consulenza medico-legale di parte, che accerti preliminarmente se sussistono nel caso di specie i presupposti di una responsabilità medica.-

É indubbio quindi che possa affermarsi la colpa di chi promuove l'azione senza aver preventivamente consultato uno specialista di propria fiducia: fatto questo che risulta facilmente dall'esame delle produzioni di causa. Il medico che, una volta assolto dalle accuse rivoltegli, voglia intentare un processo contro il proprio accusatore, potrà esaminare facilmente se questi ha supportato -o meno- la propria azione con una consulenza di parte che non sia di semplice usbergo all'azione intentatagli.-

E la colpa sarà tanto maggiore nel caso di denuncia o querela penale datoché -come si è visto- la Giurisprudenza penale è più rigida nel riconoscere la responsabilità professionale rispetto a quella civile, settore nel quale hanno un ruolo fondamentale le presunzioni.-

#### 4. La gogna mediatica.-

Tra le conseguenze indirette di un'ingiusta accusa vi è la sottoposizione a quella che possiamo senz'altro definire gogna mediatica. Ed invero si riscontra che tanto più elevata è la notorietà del medico, tanta più rilevanza viene data alle notizie (negative) che lo riguardano.-

E qui si ritorna alle due esperienze riportate all'inizio di questa relazione; sull'accento che i due primari che ho difeso hanno posto sull'esposizione giornalistica specie sulle pagine di quei giornali locali spesso a caccia di notizie sulla pelle di chi ha la sfortuna di venire sottoposto (spesso ingiustamente) ad un procedimento penale; non è solo l'articolo ad esser lesivo della onorabilità e della dignità dell'accusato, perché in fondo il giornale è letto solo da alcuni e perché leggere con attenzione la notizia magari porta ad un giudizio obiettivo sulla notizia stessa, quello che colpisce di più sono quei pannelli di richiamo esposti fuori dalle edicole, che in poche parole "inchiodano" il presunto colpevole alla sua presunta colpa.-

"IL PRIMARIO .... INDAGATO PER LA MORTE DI UN MOTOCICLISTA"

"IL PROF. .... SOTTO PROCESSO: SBAGLIO' LA DIAGNOSI".-

Voi tutti sapete che titoli come questi non escono dalla fantasia, ma dalla memoria di chi li ha letti esposti fuori dalle edicole davanti a cui passa.-

Chi subisce la diffamazione indiretta derivante dall'impatto mediatico del procedimento cui è stato sottoposto viene leso nel suo diritto all'immagine, al nome, alla riservatezza, all'identità personale e professionale, al suo onore di medico e di cittadino.-

Ma tuttocì non esaurisce il novero di danno che ne deriva, come ha ben osservato la dottrina, per la quale<sup>25</sup>

"l'offesa alla reputazione può provocare al soggetto passivo una serie di ripercussioni esistenziali negative -quali, ad esempio, l'isolamento da parte dei conoscenti, degli amici e della famiglia- che difficilmente possono essere ricondotte all'ambito proprio del danno patrimoniale o del danno morale e che possono ora trovare modo di risarcimento per mezzo della nuova categoria del danno esistenziale".-

---

<sup>25</sup> F. Verri e V. Cardone, *Diffamazione a mezzo stampa e risarcimento del danno*, Milano, 2003, 390.

Il riconoscimento del danno alla reputazione nell'ambito della categoria dei danni esistenziali trova un interessante applicazione nella recente giurisprudenza della Cassazione, secondo la quale:

"La più recente dottrina e lo stesso orientamento giurisprudenziale ritengono che esista un vero e proprio diritto alla reputazione personale anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge ordinaria, che va inquadrato nel sistema di tutela costituzionale della persona umana, traendo nella Costituzione il suo fondamento normativo, in particolare nell'art. 2 e nel riconoscimento dei diritti inviolabili della persona (in questo senso anche C. Cost. 10.12.1987 n. 479, secondo cui "l'art. 2 Cost. sancisce il valore assoluto della persona umana").

In tale contesto si inserisce certamente la disciplina degli ambiti di tutela della reputazione del soggetto, come persona, che sebbene non trovi espressa menzione nelle disposizioni costituzionali, tuttavia si ricava dai principi di cui all'art. 2 Cost. (oltre che dall'art. 3, che fa riferimento alla dignità sociale).

Infatti, superata ormai da anni la questione relativa alla funzione precettiva e non programmatica dell'art. 2 Cost., con conseguente affermazione della rilevanza costituzionale della persona umana, in tutti i suoi aspetti, questa norma comporta che l'interprete, nella ricerca degli spazi di tutela della persona, è legittimato a costruire tutte le posizioni soggettive idonee a dare garanzia, sul terreno dell'ordinamento positivo, ad ogni proiezione della persona nella realtà sociale, entro i limiti in cui codesto risultato si ponga come conseguenza della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali nelle quali si esplica la sua personalità.

L'espresso riferimento alla persona come singolo (art. 2 Cost.) rappresenta certamente valido fondamento normativo per dare consistenza di diritto soggettivo alla reputazione del soggetto, con conseguente sua tutela da parte dell'ordinamento".

(Cass. civ., Sez.III, 10.5.2001, n.6507, in Nuova Giur. Civ., 2002, I, 529).-

Per la Cassazione -dunque- ricomprendere il diritto alla reputazione nell'ambito dei diritti della personalità consente di individuare il correlativo fondamento giuridico nell'art. 2 Cost.: inteso quale precetto nella sua più ampia dimensione di clausola generale, "aperta" all'evoluzione dell'ordinamento e suscettibile, per ciò appunto, di

apprestare copertura costituzionale anche ai nuovi valori della persona umana della personalità.-

Si tratta di una concezione unitaria, o se preferiamo "monistica" dei diritti della personalità, che per la Cassazione aiuta la configurazione giuridica del diritto alla reputazione come diritto soggettivo perfetto.-

"Nell'ambito di questa concezione "monistica" dei diritti della personalità umana, con fondamento costituzionale, il diritto all'immagine, al nome, all'onore, alla reputazione, alla riservatezza non sono che singoli aspetti della rilevanza costituzionale che la persona, nella sua unitarietà, ha acquistato nel sistema della Costituzione.

Trattasi quindi di diritti omogenei, essendo unico il titolare ed il bene protetto.

La reputazione si identifica con il senso della dignità personale in conformità all'opinione del gruppo sociale, secondo il particolare contesto storico (Cass. Pen., sez. V, 24.3.1995, n. 3247). Essa va valutata in abstracto, cioè con riferimento al contenuto della reputazione, quale si è formata nella comune coscienza sociale di un determinato momento e non *quam suis*, e cioè alla considerazione che ciascuno ha della sua reputazione ("amor proprio").

Senonché una volta provata detta lesione, il danno è *in re ipsa*, in quanto si realizza una perdita di tipo analogo a quello indicato dall'art. 1223 c.c., costituita dalla diminuzione o dalla privazione di un valore (per quanto non patrimoniale) alla quale il risarcimento deve essere commisurato"

(Cass. civ., Sez.III, 10.5.2001, n.6507, in Nuova Giur. Civ., 2002, I, 529).-

Per concludere: ancorché la figura del danno alla reputazione abbia trovato finora applicazione in fattispecie di diffamazione a mezzo stampa, ritengo che tale applicazione può senz'altro estendersi alla fattispecie del medico rimasto lesa nel suo onore e nella sua immagine professionale dalla divulgazione mediatica dell'ingiusto procedimento cui è stato sottoposto.-

5. I danni punitivi.-

Il concetto di "danni punitivi" è la traduzione dell'inglese "punitive or exemplary damages", istituto tipico e molto noto della giurisprudenza nordamericana.-

Le finalità principali del danno punitivo<sup>26</sup> sono quelle di punire il colpevole per il suo comportamento doloso, perseguendo al contempo la finalità pedagogica di distogliere il colpevole e la collettività da comportamenti socialmente dannosi, quando la minaccia del solo risarcimento non possa costituire un valido deterrente. Ed al contempo l'istituto del danno punitivo mira a ricompensare la parte lesa, per l'impegno nell'affermazione del proprio diritto, assegnandogli un compenso superiore all'importo del risarcimento, quando quest'ultimo appare inadeguato.-

E per l'appunto, si è affermato<sup>27</sup> che

"la retribuzione (o la punizione) e la deterrenza sono le due grandi finalità, che vogliono essere raggiunte dal rimedio in questione".-

Il mio amico Aldo Grasso di Rimini, che da anni tenta di introdurre tale istituto nel nostro ordinamento, lo ha ricondotto all'art. 96 C.P.C. forse anche sulla scorta di quegli esempi che hanno ricollegato la condanna al risarcimento punitivo proprio per il caso di lite temeraria<sup>28</sup>.-

Personalmente ritengo che una richiesta danni che rivesta tale qualifica punitiva - pedagogica potrebbe essere tranquillamente fondata su altre norme di legge, e soprattutto sulla clausola generale dell'art. 2043 C.C.-

Il quesito è allora se la categoria del danno punitivo sia applicabile al caso dell'accusa ingiusta di colpa professionale medica, dato che nella maggioranza dei casi questa

---

<sup>26</sup> Ben individuate da una sentenza della Corte di Cassazione tedesca (BGH, 4 giugno 1992) citata da A. Sirotti Gaudenzi, *Introduzione al concetto di "danni punitivi"*, in *Diritto & Diritti*, <http://www.diritto.it>.

<sup>27</sup> G. Ponzanelli, *Non c'è due senza tre: la Corte suprema USA salva ancora i danni punitivi*, in *Foro it.*, 1994, IV, 92.

<sup>28</sup> Tra i casi più rilevanti di danni punitivi vi è la condanna di una società statunitense a pagare 10 milioni di dollari per avere intentato una causa consapevolmente infondata contro un'altra società, a fronte di spese legali pari a 19.000 dollari: Ne parla Ponzanelli, *Non c'è due*, cit., 92.

figura viene applicata nella fattispecie di una pluralità di soggetti danneggiati dall'evento lesivo posto in essere da un medesimo danneggiante. Danneggiante che nel caso dell'accusa di malpractice non ha quelle caratteristiche di grandi disponibilità economiche e finanziarie che nella giurisprudenza statunitense ha sicuramente favorito condanne altrettanto importanti.-

D'altra parte, di norma, quando un privato cittadino perde una causa civile deve pagare le spese legali al proprio difensore, e rimborsare quelle dell'avversario, ciò costituisce di per sé un onere rilevante, vieppiù se ci aggiungiamo un ulteriore risarcimento economico per i danni morale ed esistenziale già evidenziati sopra.-

Non c'è forse bisogno di aggiungere un *quid pluris* a titolo punitivo - pedagogico, ma l'istituto dei danni punitivi può egualmente insegnarci qualcosa; può costituire un invito a valorizzare la funzione punitiva - afflittiva - sanzionatoria del risarcimento del danno, forse trascurata dal pur giusto impegno a ricomprendere tra i danni risarcibili tutte le figure possibili dei torti.-

E per valorizzare tale funzione si può prendere spunto dal concetto di danno punitivo, prevedendo una sanzione più significativa a chi si renda responsabile di illeciti per dolo o colpa grave. Il che vuol dire condanne risarcitorie con effettiva valenza deterrente a chi abbia iniziato una causa con il solo e consapevole obiettivo di trarne un guadagno economico ai danni del medico incolpevole e della sua assicurazione, incurante delle conseguenze umane e patrimoniali che si scatenano inesorabilmente a carico del soggetto o dei soggetti ingiustamente accusati.-

### Conclusione

Chi redige una denuncia od una citazione in giudizio a carico di un medico, talvolta comprendendovi la sua équipe, è di norma (e guai per l'accusatore se non lo fosse!) un avvocato.-

Orbene: se questi, nell'apprestarsi a tale incumbente ricordasse il detto evangelico "non fare agli altri quello che non vorresti fosse fatto a te" e tenesse presente la "gogna mediatica" cui inevitabilmente viene esposto l'accusato, probabilmente sarebbe più cauto nell'esercizio del suo delicato ministero, che va comunque esercitato quanto ne siano stati preventivamente verificati i necessari presupposti.-

Vicenza, 10 Marzo 2004

(avv. Ugo Dal Lago)

## BIBLIOGRAFIA

- R. Bordon, Teoria e pratica del danno esistenziale, in Fam. dir., 2003, 371.-
- G. Cassano, La Giurisprudenza del danno esistenziale, Piacenza, 2002.-
- P. Cendon, Il danno psichico, in Le Nuove Voci del Diritto, [www.studiocelentano.it/lenuovevocideldiritto](http://www.studiocelentano.it/lenuovevocideldiritto), seconda parte.-
- P. Cendon, Il danno esistenziale: profili sostanziali e processuali, ne I Quaderni dell'Associazione Guido Gentile n. 3 "Le attuali problematiche del processo risarcitorio per i danni alla persona", Vicenza, 2002, 14.-
- D. De Strobel, Il cammino non facile verso il risarcimento integrale del danno alla persona. Dal danno biologico al danno esistenziale, in Dir. Econ. Ass., 2000, 1087.-
- G. Giusti, Processo e danno esistenziale, intervento al Convegno Il danno esistenziale: traguardo di un percorso tormentato, tenutosi a Vicenza il 3-4 Ottobre 2003 (atti in corso di pubblicazione).-
- P.G. Monateri, Alle soglie: la prima vittoria in Cassazione del danno esistenziale, in Danno e resp., 2000, 837.-
- P.G. Monateri, in P.G. Monateri, M. Bona ed U. Oliva Il danno alla persona, Torino, 2000.-
- G. Ponzanelli, Non c'è due senza tre: la Corte suprema USA salva ancora i danni punitivi, in Foro it., 1994, IV, 92.-
- G. Ponzanelli, Una «nuova» stagione del danno non patrimoniale? Le Sezioni Unite e il caso Seveso, in Danno e resp., 2002, 502.-
- G. Ponzanelli, Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive, in Danno e resp., 2004, 1, 5.-
- L. Rubini, Nuove proposte per il risarcimento del danno a persona, in Riv. Giur. Circ. Trasp., 2000, 35.-
- R. Scognamiglio, Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale), in Riv. Dir. Civ., 1957, 296.-
- A. Sirotti Gaudenzi, Introduzione al concetto di "danni punitivi" , in Diritto & Diritti, [www.diritto.it](http://www.diritto.it).-
- F. Verri e V. Cardone, Diffamazione a mezzo stampa e risarcimento del danno, Milano, 2003.-

P. Ziviz, *La tutela risarcitoria della persona*, Milano, 1999, 423.-

P. Ziviz, *Danno biologico e danno esistenziale: parallelismi e sovrapposizioni*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 419.-++