

NESSO DI CAUSALITÀ E ONERI PROBATORI, OSSIA COMPLICANZA O ERRORE?

Dr. Carmelo Galipò
Specialista in
Medicina Legale e delle Assicurazioni
(Pres. Accademia della Medicina Legale)
(galipo@libero.it – 3473589096)

Roma lì 10.05.2023

Corso di formazione continua per avvocati e sanitari
**«La «nuova» responsabilità medica: problemi
processuali e crucialità dell'accertamento
tecnico medico legale»**

LE REGOLE DEL «GIOCO»

I consulenti tecnici per essere ritenuti adeguati ad espletare servizi per la Giustizia e, quindi, per il cittadino (sia esso paziente che medico) devono conoscere perfettamente le seguenti regole:

- 1) Oneri probatori delle parti**
- 2) Concetto civilistico del nesso causale: questo per evitare di qualificare come «perdita di chance» qualsiasi evento che non sia connesso causalmente con certezza probabilistica (100%) all'inadempimento accertato**

RIFLESSIONE

«La semplicità ci rende liberi perché può contenere ogni cosa al contrario della complessità»

*Un principio semplice che ha caratterizzato l'ultimo decennio di giurisprudenza conteneva in se tutto quello di cui si sta discutendo oggi: «...ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia e **allegare** l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo, invece, a carico del debitore **dimostrare** o che tale inadempimento non vi è stato, ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante».*

L'attentato alla semplicità

Luglio 2017 - Sentenza di Cassazione del Consigliere Scoditti (n.18392):

«...il danno è elemento costitutivo della fattispecie dedotta in giudizio ed essendo l'eziologia immanente alla nozione di danno, anche l'eziologia è parte del fatto costitutivo dedotto che l'attore deve provare...

...Gli oneri probatori non cambiamo se la responsabilità è contrattuale o extra contrattuale...

...La causa incognita resta a carico dell'attore relativamente all'evento dannoso, resta a carico del convenuto relativamente alla possibilità di adempiere. Se, al termine dell'istruttoria, resti incerta la causa del danno o dell'impossibilità di adempiere, le conseguenze sfavorevoli in termini di onere della prova gravano rispettivamente sull'attore o sul convenuto...

...Solo una volta che il danneggiato abbia dimostrato che la patologia sia riconducibile, ad esempio, all'intervento chirurgico, la struttura sanitaria deve dimostrare che l'intervento ha determinato la patologia per una causa, imprevedibile ed inevitabile, la quale ha reso impossibile l'esecuzione esperta dell'intervento chirurgico medesimo".

L'attentato alla semplicità

Tale visione dell'onere probatorio veniva contrastata nell'immediatezza dalla sentenza n. 26516-17 dove si affermava che «...*deve ritenersi che la necessità – affermata fin da Cass. S.U. n. 577/2008 – dell'allegazione di un inadempimento qualificato (astrattamente idoneo a costituire causa del danno) non onera l'attore della necessità di individuare specificatamente la condotta omessa o l'errore commesso, essendo sufficiente che venga individuata la prestazione asseritamente mal adempiuta (o inadempiuta) e che venga «ipotizzato» un nesso causale fra la stessa e il pregiudizio lamentato».*

L'attentato alla semplicità

Sentenza di Cassazione del Consigliere Sestini (n.6850/2018):

«...La responsabilità della struttura ospedaliera è sempre diretta...» e
“...della inesigibilità della specifica individuazione ex ante, da parte
dell'attore, di elementi tecnico/scientifici che – di norma –
possono acquisirsi compiutamente soltanto all'esito dell'istruttoria
e con l'espletamento di una c.t.u.; invero, ove si opinasse
diversamente, si finirebbe col gravare l'attore di un onere di
**preventiva individuazione delle cause del danno e delle condotte
colpose** (anzichè di mera allegazione della derivazione del danno
dall'inesatto adempimento dell'obbligazione) che si tradurrebbe in
un limite ingiustificato all'esercizio del suo diritto di azione”.

Da dove si partiva

Cass. civile sez. III , - 20/03/2015, n. 5590 – Rel. Dott.ssa Rubino Lina

(altri consiglieri: Rossetti Marco – Travaglino Giacomo – Scarano Luigi)

«...In definitiva, le regole di distribuzione degli oneri probatori fanno sì che, a tutela del paziente che si affida ad una struttura sanitaria per sottoporsi ad un intervento chirurgico, l'onere probatorio del medico, nel fornire **la prova liberatoria dalla sua responsabilità è correttamente adempiuto laddove questi non si limiti a provare la correttezza della propria prestazione, ma sia in grado di dimostrare anche, in positivo, che l'esito infausto è dovuto ad un altro evento individuato (preesistente o sopravvenuto) indipendente dalla propria volontà e sfera di controllo.**

Da dove si partiva

Cass. civile sez. III , - 20/03/2015, n. 5590 – Rel. Dott.ssa Rubino Lina

Qualora rimanga incerta la causa dell'esito infausto, la situazione processuale di sostanziale incertezza circa l'assenza di colpa del medico, e circa le cause dell'aggravamento, non può esser fatta ricadere sul paziente (che non è, oltretutto, il soggetto che dispone degli strumenti e che ha accesso a tutte le informazioni per poter accertare la vera causa del suo aggravamento), ma ricade sul sanitario o sulla struttura, che non riesce a liberarsi dalla sua responsabilità.


Applicazione concreta del principio della vicinanza della prova

Il principio della vicinanza della prova si applica principalmente in tutti quei casi in cui vi è carenza o difettosa tenuta della documentazione clinica agli atti, ed in particolar modo, della cartella clinica.

La Cassazione con la sentenza 577/2008 cassava la sentenza della corte di Appello che rigettava la domanda attorea di risarcimento in quanto poneva a carico dell'attore la necessità di provare che al momento del ricovero esso non fosse già affetto da epatite, violando i principi che regolano il ripartire dell'onere probatorio fissati in tema di azione per il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale.

Il dato relativo alle patologie (in corso) del paziente non era presente in cartella nonostante dovesse esserlo e gli accertamenti relativi erano a carico della struttura.

Riguardo tal punto il principio fondamentale dettato dalle sezioni unite era che “...*la difettosa tenuta della cartella clinica naturalmente non vale ad escludere la sussistenza del nesso eziologico tra la condotta dei medici e la patologia accertata, ove risulti provata la **idoneità di tale condotta a provocarla**, ma consente anzi il ricorso alle presunzioni, come avviene in ogni caso in cui la prova non possa essere data per un comportamento ascrivibile alla stessa parte contro la quale il fatto da provare avrebbe potuto essere invocato, nel quadro dei principi in ordine alla distribuzione dell'onere della prova ed al rilievo che assume a tal fine la “vicinanza della prova” e cioè la effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla*”.



Quanto affermato sopra vale nel campo della responsabilità contrattuale, mentre in tema di responsabilità extracontrattuale non può farsi riferimento direttamente al principio della vicinanza della prova per assumere che, se tale prova (dell'esistenza o inesistenza del nesso causale) si trovi nella disponibilità di una delle due parti, questa parte è onerata dal fornirla.

In questo caso (responsabilità extracontrattuale) l'onere della prova del nesso causale rimane pur sempre a carico dell'attore (paziente danneggiato), stante il principio generale di cui all'art. 2697 cc, in tema di prova del fatto costitutivo del diritto azionato, ma tale prova può essere fornita anche tramite presunzioni, allorchè il soggetto convenuto era obbligato a predisporre la documentazione relativa alla condotta tenuta e, avendone la disponibilità, esso non la fornisca.

MA E' VERAMENTE CAMBIATO QUALCOSA?

Quanto affermato è indicato in questo stralcio di sentenza di cassazione:

“...5.6. Tali conclusioni non contrastano con quanto affermato dalle sezioni unite di questa Corte (Cass. sez. un. 11/1/2008, n. 577), secondo cui "in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante.

Tale principio venne infatti affermato a fronte di una situazione in cui l'inadempimento "qualificato", allegato dall'attore (ossia l'effettuazione di un'emotrasfusione), era tale da comportare di per sè, in assenza di fattori alternativi "più probabili", nel caso singolo di specie, la presunzione della derivazione del contagio [da HCV] dalla condotta. La prova della prestazione sanitaria conteneva già quella del nesso causale, sicchè non poteva che spettare al convenuto l'onere di fornire una prova idonea a superare tale presunzione secondo il criterio generale di cui all'art. 2697 c.c., comma 2, e non la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 c.c.”.

MA E' VERAMENTE CAMBIATO QUALCOSA?

Inadempimento qualificato e presunzione di colpa

Dal passaggio sopra citato si possono estrapolare i seguenti concetti:

- L'inadempimento qualificato è la emotrasfusione;
- La emotrasfusione è idonea a provocare il contagio da HCV e quindi arrecare il danno lamentato.

È importante prendere in considerazione questo passaggio della sentenza perché fa comprendere come il nesso di causa tra inadempimento qualificato e danno sia astratto, ovvero regolato secondo il criterio della "Possibilità Scientifica", che è una presunzione di scienza che deriva anche da leggi statistiche.

È quindi logico affermare che qualificare l'inadempimento del medico o della struttura significa ipotizzare che un determinato atto medico o una determinata procedura sanitaria abbia la possibilità di generare il danno lamentato (nesso di causa tra atto e danno).

LA CONFERMA ARRIVA DALLO STESSO CONS. SCODITTI NEL NOVEMBRE 2019

Il nesso di causalità materiale che il creditore della prestazione professionale deve provare è quello fra intervento del sanitario e danno evento in termini di aggravamento della situazione patologica o di insorgenza di nuove patologie; il nesso eziologico che invece spetta al debitore di provare, dopo che il creditore abbia assolto il suo onere probatorio, è quello fra causa esterna, imprevedibile ed inevitabile alla stregua dell'ordinaria diligenza di cui all'art. 1176, comma 1, ed impossibilità sopravvenuta della prestazione di diligenza professionale (art. 1218)...» (Cass. 28991/2019)

Ed ancora...

«.... Il creditore di prestazione professionale che alleghi un evento di danno alla salute, non solo deve provare quest'ultimo e le conseguenze pregiudizievoli che ne siano derivate (c.d. causalità giuridica), **ma deve provare anche, avvalendosi eventualmente pure di presunzioni**, il nesso di causalità fra quell'evento e la condotta del professionista nella sua materialità, impregiudicata la natura di inadempienza di quella condotta, inadempienza che al creditore **spetta solo di allegare** (Corte di Cass. Civ. 28992/2019).

« Il creditore ha l'onere di **allegare** la **connessione puramente naturalistica fra la lesione della salute**, in termini di aggravamento della situazione patologica o insorgenza di nuove patologie, **e la condotta del medico** e, posto che il danno evento non è immanente all'inadempimento, ha anche l'onere di provare quella connessione, e lo deve fare sul piano meramente **naturalistico** sia perché **la qualifica di inadempienza deve essere da lui solo allegata, ma non provata** (appartenendo gli oneri probatori sul punto al debitore), sia perché si tratta del solo profilo della causalità materiale, il quale è indifferente alla qualifica in termini di valore rappresentata dall'inadempimento dell'obbligazione ed attiene esclusivamente al fatto materiale che soggiace a quella qualifica. La prova della causalità materiale da parte del creditore può naturalmente essere raggiunta anche mediante presunzione».

«Una volta che il creditore abbia provato, anche mediante presunzioni, il nesso eziologico fra la condotta del debitore, nella sua materialità, e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie, sorgono gli oneri probatori **del debitore, il quale deve provare o l'adempimento o che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione a lui non imputabile.**»

«se resta ignota, anche mediante l'utilizzo di presunzioni, la causa dell'evento di danno, le conseguenze sfavorevoli ai fini del giudizio ricadono sul creditore della prestazione professionale, se invece resta ignota la causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione di diligenza professionale, ovvero resta indimostrata l'imprevedibilità ed inevitabilità di tale causa, le conseguenze sfavorevoli ricadono sul debitore.

E' bene rammentare che tali principi si collocano nell'ambito delle regole sull'onere della prova, le quali assumono rilievo solo nel caso di causa rimasta ignota».

CONCLUDENDO

Nulla è cambiato dalle sezioni unite del 2008 e questo per due motivi:

- 1) Quando rimane incerta la causa del danno e dell'inadempimento sanitario, la parte convenuta soccombe in quanto non ha soddisfatto i suoi oneri probatori poiché l'attore ha soddisfatto i suoi;*
- Se la causa rimane incerta significa che tra le cause eziologiche del danno/inadempimento una di quella è astrattamente adeguata a produrre il danno da un lato e dall'altro possono essere astrattamente dipendenti dall'atto medico;*
- Se la causa del danno rimane ignota il paziente non soccombe solamente perché non è riuscito a dimostrare, anche per sole presunzioni, che il danno è legato all'adempimento, ma soprattutto perché manca il nesso causale con l'atto medico.*

Nesso di causalità

«Il nesso di causa è una costruzione logica, non un fatto materiale; pertanto l'affermazione dell'esistenza di quel nesso tra una condotta illecita ed un danno costituisce oggetto di un ragionamento logico-deduttivo, non di un accertamento fattuale. Ne consegue che, mentre rispetto a tale ragionamento non sono concepibili questioni di prova, ma solo di coerenza logica, debbono essere debitamente provati i fatti materiali sui quali il suddetto ragionamento si fonda. La prova di tali fatti può essere data con ogni mezzo, ivi comprese le presunzioni semplici, dal momento che la legge non pone alcuna limitazione al riguardo»

Nesso di causalità (Cass. Civ. 20.02.18 n.4024 – Rel. Marco Rossetti)

Questa Corte, ormai da dieci anni, viene costantemente ripetendo in tema di nesso causale i seguenti principi:

(a) il nesso di causa tra una condotta illecita e un danno può essere affermato non solo quando il secondo sia stato una conseguenza certa della prima, ma anche quando ne sia stato una conseguenza ragionevolmente probabile;

(b) la ragionevole probabilità che quella causa abbia provocato quel danno va intesa non in senso statistico, ma logico: cioè non in base a regole astratte, ma in base alle circostanze del caso concreto;

(c) **ciò vuol dire che anche in una causa statisticamente improbabile può ravvisarsi la genesi del danno, se tutte le altre possibili cause fossero ancor più improbabili, e non siano concepibili altre possibili cause.**

Così, ad esempio, se il crollo d'un immobile potesse astrattamente essere ascritto solo a sette possibili cause, tra loro alternative, una delle quali probabile al 40%, e le altre sei al 10%, la prima dovrebbe ritenersi "causa" del crollo, a nulla rilevando che le sue probabilità statistiche di avveramento fossero inferiori al 50%, e quindi "improbabili" per la sola statistica.

Nesso di causalità (Cass. Civ. 20.02.18 n.4024 – Rel. Marco Rossetti)

Il corollario di quanto precede è che in presenza di più possibili e diverse concause di un medesimo fatto, nessuna delle quali appaia nè del tutto inverosimile, nè risulti con evidenza avere avuto efficacia esclusiva rispetto all'evento, è compito del giudice valutare quale di esse appaia "più probabile che non" rispetto alle altre nella determinazione dell'evento, e non già negare l'esistenza della prova del nesso causale, per il solo fatto che il danno sia teoricamente ascrivibile a varie alternative ipotesi (così già Sez. 3, Sentenza n. 23933 del 22/10/2013).

1) An Debeatur:

- allegazione del nesso causale astrattamente idoneo per l'attore per la prova del **fatto costitutivo del diritto** (verifica del maggior danno e del collegamento causale con l'inadempimento qualificato);
- Allegazione del nesso causale secondo il principio della preponderanza delle evidenze per il convenuto, per la prova del **fatto estintivo del diritto** (prova in positivo della causa imprevenibile e quindi dell'impossibilità ad adempiere)

2) Quantum Debeatur:

- **Perdita di chance**: incertezza causale assoluta tra l'inadempimento e il danno lamentato tanto da non poter prevedere se un corretto adempimento (giudizio controfattuale) potesse ridurre il danno biologico o prolungare l'esistenza. Ma quando si può parlare di incertezza assoluta? Forse quando siamo al limite con la causa ignota, oppure quando le probabilità si equivalgono?
- **Perdita del risultato**: quando il nesso causale si fonda su una causa eziologica con probabilità logico-statistica superiore alle altre eventuali.

La chance non patrimoniale

La connotazione della chance - intesa, al pari di ogni altra conseguenza della condotta illecita, come evento di danno - in termini di possibilità perduta di un risultato migliore e soltanto eventuale non esclude nè elide, difatti, la necessaria e preliminare indagine sul nesso causale tra la condotta e l'evento (in senso contrario, non condivisibilmente, Cass. 21619/2007).

E' diverso il criterio di liquidazione da adottare per la perdita di una chance a carattere non patrimoniale, rispetto alla quale il risarcimento non potrà essere proporzionale al risultato perduto, ma commisurato, in via equitativa, alla possibilità perduta di realizzarlo.

(Cassazione civile sez. III - 11/11/2019, n. 28993)

La chance non patrimoniale

Per integrare gli estremi del danno risarcibile, la perdita di chance dovrà peraltro attingere ai parametri della apprezzabilità, serietà, consistenza, rispetto ai quali il valore statistico/percentuale - se in concreto accertabile - potrà costituire al più criterio orientativo, in considerazione della infungibile specificità del caso concreto, **onde distinguere la concreta possibilità dalla mera speranza** (la sottrazione di un biglietto della lotteria appare irrilevante a fini risarcitori), senza che ciò costituisca una "contraddizione in termini, costituita dalla possibilità di istituire un nesso causale fondato sul 'più probabile che non' con un evento di danno rappresentato da una possibilità non probabile", **essendo evidente, in tale ricostruzione, la confusione concettuale tra l'analisi del nesso eziologico e quella dell'evento di danno lamentato.**

(Cassazione civile sez. III - 11/11/2019, n. 28993)

La chance non patrimoniale

L'attività del giudice dovrà, pertanto, muovere dalla previa disamina della condotta (e della sua colpevolezza) e dall'accertamento della relazione causale tra tale condotta e l'evento di danno (la possibilità perduta, ovvero il sacrificio della possibilità di conseguire un risultato migliore), **senza che i concetti di probabilità causale e di possibilità (e cioè di incertezza) del risultato realizzabile possano legittimamente sovrapporsi, elidersi o fondersi insieme**: la dimostrazione di una apprezzabile possibilità di giungere al risultato migliore sul piano dell'evento di danno non equivale, in altri termini, alla prova della probabilità che la condotta dell'agente abbia cagionato il danno da perdita di chance sul piano causale.

(Cassazione civile sez. III - 11/11/2019, n. 28993)

La chance non patrimoniale

Sul piano della corretta individuazione del diritto leso, la chance, non può comunque rappresentare una entità concettualmente distinta dal "risultato finale", poichè la condotta dell'agente è pur sempre destinata a rilevare sul piano della lesione del diritto alla salute (e/o del diritto di autodeterminazione) del paziente, cui appare riconducibile pur se in una diversa accezione, **che corrisponde ad una anticipazione di tutela** dello stesso bene giuridico, meritevole di ricevere una autonoma considerazione.

(Cassazione civile sez. III - 11/11/2019, n. 28993)

La chance non patrimoniale

La **chance** si sostanzia, in definitiva, nell'incertezza del risultato, la cui "perdita", ossia l'evento di danno, è il **precipitato di una chimica di insuperabile incertezza**, predicabile alla luce delle conoscenze scientifiche e delle metodologie di cura del tempo rapportate alle condizioni soggettive del danneggiato. Tale evento di danno sarà risarcibile a seguito della lesione di una situazione soggettiva rilevante - che pur sempre attiene al "bene salute" - **sempre che esso sia stato allegato e provato in giudizio nella sua già ricordata dimensione di apprezzabilità, serietà, consistenza**, e non già soltanto in base alla pura e semplice relazione causale tra condotta ed evento, in guisa di danno in re ipsa.

(Cassazione civile sez. III - 11/11/2019, n. 28993)

La chance non patrimoniale

Applicando tali criteri alla responsabilità sanitaria (segnatamente in ambito oncologico), sulla premessa che l'illecito da chance perduta si dipana secondo la tradizionale scansione:

- CONDOTTA COLPOSA (omessa, erronea o ritardata diagnosi);
- LESIONE DI UN DIRITTO (il diritto alla salute e/o all'autodeterminazione, entrambi costituzionalmente tutelati);
- EVENTO DI DANNO (sacrificio della possibilità di un risultato migliore);
- CONSEGUENZE DANNOSE RISARCIBILI (valutabili in via equitativa)

(Cassazione civile sez. III - 11/11/2019, n. 28993)

La chance non patrimoniale

L'incertezza del risultato, va ribadito, è destinata ad incidere non sulla analisi del nesso causale, ma sulla identificazione del danno, poichè la possibilità perduta di un risultato sperato (nella quale si sostanzia la chance) è la qualificazione/identificazione di un danno risarcibile a seguito della lesione di una situazione soggettiva rilevante (comunque afferente al diritto alla salute), e non della relazione causale tra condotta ed evento, che si presuppone risolta positivamente prima e a prescindere dall'analisi dell'evento lamentato come fonte di danno. In tali sensi, pertanto, **la chance risulta un diminutivo astratto dell'illecito, inteso come sinonimo di possibilità priva di misura (ma non di contenuto), da risarcirsi equitativamente**, e non necessariamente quale frazione eventualmente percentualistica del danno finale. (Cassazione civile sez. III - 11/11/2019, n. 28993)

La chance non patrimoniale

Viene in tal guisa scongiurato il rischio di confondere il grado di incertezza della chance perduta con il grado di incertezza sul nesso causale. Il nesso di causalità sarà difatti escluso, al di là ed a prescindere dall'esistenza della possibilità di un risultato migliore, dalla presenza di fattori alternativi che ne interrompano la relazione logica con l'evento (quale il sopravvenire di altra patologia determinante di per sè sola dell'exitus o di altri eventi ascrivibili alla condotta di terzi o dello stesso danneggiato).

(Cassazione civile sez. III - 11/11/2019, n. 28993)

La chance non patrimoniale

Sarà altresì esclusa ogni rilevanza causale della condotta, sul piano probabilistico, in tutti i casi di incertezza - ad esempio, nell'ipotesi di cd. multifattorialità dell'evento - sul rapporto di derivazione eziologica tra la condotta stessa e l'evento, pur nella sua astratta configurabilità in termini di possibilità perduta, qualora la multifattorialità non sia rappresentata da un accertato concorso di causa umana e causa naturale bensì da un concorso di cause la cui disamina si risolva, nelle conclusioni del CTU, in termini di insanabile incertezza causale rispetto all'evento.

(Cassazione civile sez. III - 11/11/2019, n. 28993)

La chance non patrimoniale

A quanto sinora esposto consegue che, provato il nesso causale secondo le ordinarie regole civilistiche, rispetto ad un evento di danno accertato nella sua esistenza e nelle sue conseguenze, il risarcimento di quel danno sarà dovuto integralmente. Sul medesimo piano d'indagine, che si estende dal nesso al danno, ove quest'ultimo venisse morfologicamente identificato, in una dimensione di insuperabile incertezza, con una possibilità perduta, tale possibilità integra gli estremi della chance, la cui risarcibilità consente di temperare equitativamente il criterio risarcitorio del cd. all or nothing, senza per questo essere destinata ad incidere sui criteri di causalità, nè ad integrarne il necessario livello probatorio. (Cassazione civile sez. III - 11/11/2019, n. 28993)

La chance non patrimoniale

IN SINTESI, LA CHANCE PRESUPPONE:

- **Una condotta colpevole dell'agente**
- **Un evento di danno (la lesione di un diritto)**
- **Un nesso di causalità tra la condotta e l'evento**
 - **Una o più conseguenze dannose risarcibili, patrimoniali e non;**
- **Un nesso di causalità tra l'evento e le conseguenze dannose**

La chance non patrimoniale

NOSTRA SINTESI. La chance necessita:

- **Una condotta colpevole dell'agente**
- **Un evento di danno (la lesione di un diritto)**
- **Un nesso di causalità tra la condotta e l'evento**
 - **Una o più conseguenze dannose risarcibili, patrimoniali e non;**
- **Un nesso di causalità tra l'evento e le conseguenze dannose, inteso come impossibilità di escludere il nesso causale tra la condotta e il danno come allo stesso tempo di affermarla secondo il principio del più probabile che non**

La chance non patrimoniale

MA COME SI RISARCISCE LA PERDITA DI CHANCE?

Analizziamo alcuni principi per poi tirare le somme:

- **La liquidazione non può essere simbolica;**
- **La liquidazione non può essere una percentuale del mancato obiettivo, ma, ove esista la possibilità di percentualizzazione nel caso concreto, della possibilità persa di raggiungerlo (non divisibile);**
- **Deve essere una valutazione motivata e non arbitraria;**
- **Deve essere equitativa, che significa 'giusta e proporzionata';**

E quindi, come si farà?

La chance non patrimoniale

Dovendo rispettare i principi 1-3-4 e non condividendo il 2, tale liquidazione può solo derivare da una «sensazione momentanea» del Giudice con una motivazione che volta per volta si «inventerà» il giudicante.

Il nostro obiettivo però è affermare e condividere quanto segue:

- **La chance è una condizione che si crea immediatamente dopo il fatto illecito e permane fino alla sua realizzazione nel patrimonio del soggetto che né è infelicemente proprietario;**
- **Quando si realizza la perdita della chance si realizza il danno conseguenza indipendentemente dalla probabilità che aveva di realizzarsi;**
- **Quando si concretizza la perdita del risultato ottenibile si dovrà discorrere non di perdita di chance ma di perdita di un risultato ottenibile indipendentemente dalla probabilità % che aveva di realizzarsi. Dunque il danno conseguenza, essendo collegato all'illecito, è con lui in nesso di causa e va risarcito per intero.**

Buone prassi nelle CTU

Complicanza o errore professionale

Nesso di causalità e onere probatorio vanno di pari passo col concetto di “complicanza”, spesso utilizzato in medicina clinica e legale come elemento portante nel provare la non colpevolezza del medico o della struttura rispetto a eventi avversi che hanno arrecato un maggior danno biologico o il decesso di un paziente.

Un aspetto che necessita di essere analizzato riguarda la possibile interpretazione della complicanza.

Esiste infatti la possibilità che la complicanza possa essere un evento avverso giustificabile in contrapposizione al fatto che essa possa essere invece riconducibile ad un errore professionale, poiché potrebbe ravvisarsi la possibilità che questa complicanza sia giustificabile in quanto imprevedibile e quindi inevitabile, oppure colposa quando prevedibile ed evitabile.

Si riporta di seguito un estratto della sentenza del Consigliere di Cassazione dott. Marco Rossetti n. 13328 del giugno 2015, in cui vengono utilizzati i concetti riguardanti la *prevedibilità* e l'*evitabilità* della complicità:

“...La Corte d'appello, per pervenire alla propria sentenza di condanna, ha così argomentato:

(a) quanto al nesso di causa tra l'operato di G.M. e i successivi interventi cui la paziente fu costretta a sottoporsi, esso era emerso dalle consulenze disposte in corso di causa;

(b) quanto alla colpa del medico, essa doveva presumersi ai sensi dell'art. 1218 c.c., nè il convenuto aveva superato tale presunzione;

(c) le generiche affermazioni del consulente d'ufficio, secondo cui il danno patito dalla paziente doveva ritenersi una "complicità" erano giuridicamente irrilevanti, posto che il medico per andare esente da condanna ha l'onere di provare in concreto l'esatto adempimento della propria obbligazione, e non gli è sufficiente che la sussistenza d'una causa di esclusione della colpa possa essere solo astrattamente ipotizzabile.

Evento prevedibile ed evitabile

- In questo caso il medico è imputabile in quanto, nonostante l'evento avverso o complicanza fosse prevedibile (come quasi sempre è riportato nel foglio di consenso informato firmato dal paziente prima della cura) non ha messo in atto quella serie di "accortezze" che in concreto avrebbero potuto evitare il danno al paziente.
- In questa fattispecie non ha importanza la preesistenza naturale (condizione del paziente già presente al momento della presa in carico di quest'ultimo da parte del medico o dalla struttura) che ha favorito l'evento avverso poiché, come già detto, l'evento poteva essere evitato in concreto.

Tale aspetto implica la valutazione:

- dell'esistenza del nesso di causa tra evento avverso/complicanza e atto medico (chirurgico o non);
- delle preesistenze naturali e dell'evitabilità, in quello specifico atto medico, delle complicanze più probabili ascrivibili a tali condizioni;
- in concreto (quindi con la relativa documentazione) dell'operato del medico o della struttura per evitare la complicanza avvenuta;
- in concreto (quindi con la relativa documentazione) dell'operato del medico o della struttura per evitare le conseguenze della complicanza avvenuta (cioè quelle di cui il paziente richiede il risarcimento);
- dell'informativa data al paziente delle possibili complicanze in relazione al quadro bio-patologico da cui egli era affetto.

Evento prevedibile ed inevitabile

Non si ritiene possa sussistere un caso simile in quanto se una complicanza è prevedibile si deve gestire il caso in modo tale che non si verifichi, o se, tale prevedibilità è prossima alla inevitabilità (per esempio 8 casi su 10), si dovrebbe sospendere la terapia e trovarne un'altra o informare adeguatamente il paziente del rischio fortemente aumentato (sempre se tale terapia è l'unica e sia indispensabile).

- Altro aspetto è quello di una complicanza prevedibile le cui conseguenze sono inevitabili.
- Dunque, se una complicanza è prevedibile, dovrebbe non accadere grazie alle accortezze che il medico mette in atto prima e/o durante l'atto medico, in quanto sa che sarebbe un evento disastroso per il paziente.
- Nel caso in cui si verificasse la complicanza che dà origine a conseguenze inevitabili, andrebbe accertato se tali conseguenze sono state gestite dal medico tanto bene da poter ridurle ai minimi.

Evento imprevedibile ed inevitabile

- E' il caso più semplice da valutare in quanto se un evento è imprevedibile significa che tale evento non dipende dall'atto medico e quindi sarà certamente inevitabile.
- In questa fattispecie, comunque, si dovrà analizzare se l'équipe medica ha saputo gestire al meglio la complicanza inevitabile e avrà reso minimi gli esiti permanenti da essa scaturiti, con valutazione ex ante.

Le buone pratiche nelle consulenze tecniche di ufficio

Il Consulente Tecnico (o il collegio medico) nel valutare gli atti non solo ricostruisce la storia clinica, ma adempie al compito di:

- valutare il comportamento del medico e l'eventuale allontanamento dalle linee guida o dalle buone pratiche cliniche adeguandole al caso specifico;
- valutare i nessi di causa tra l'inadempimento o l'imperfetto adempimento e l'evento avverso (**causalità materiale**);
- valutare la gestione dell'evento avverso utilizzando gli stessi criteri del primo punto;
- valutare il nesso di causalità tra l'evento avverso/complicanza e il peggioramento della clinica del paziente e tra questi e il maggior danno permanente o l'eventuale decesso (**causalità giuridica**).

- valutare la prevedibilità della complicità e le relative conseguenze psico-fisiche e la informativa data dai medici al paziente esclusivamente tenendo conto di quanto dichiarato dal paziente in sede di visita peritale (ove non deceduto) e quanto riportato sul foglio di consenso allegato in cartella clinica. Tale valutazione va fatta, soprattutto, estrapolando dal foglio di consenso la specifica informativa sulle terapie alternative rispetto a quella “somministrata”, la valutazione del rapporto rischio/benefici per ogni opzione terapeutica proposta, i risultati attesi dalle terapie proposte.
- valutare, in ultimo, tutti i nessi di causa suddetti secondo il criterio civilistico del “più probabile che non” tenendo conto, a riguardo, dei principi che la Suprema Corte ha sancito
 - (a) il nesso di causa tra una condotta illecita e un danno può essere affermato non solo quando il secondo sia stato una conseguenza certa della prima, ma anche quando ne sia stato una conseguenza ragionevolmente probabile;
 - (b) la ragionevole probabilità che quella causa abbia provocato quel danno va intesa non in senso statistico, ma logico: cioè non in base a regole astratte, ma in base alle circostanze del caso concreto;
 - (c) ciò vuol dire che anche in una causa statisticamente improbabile può ravvisarsi la genesi del danno, se tutte le altre possibili cause fossero ancor più improbabili, e non siano concepibili altre possibili cause.

Il CTU come “Esperto e soggetto di specchiata moralità”:

Premessa: Il contenzioso medico legale ha origine esclusivamente da una insoddisfazione del “danneggiato” che o non ha avuto miglioramenti dalla terapia (medica o chirurgica) o ha subito peggioramenti clinici non attesi o mai prospettati dal sanitario.

Ecco un possibile e concreto schema:

- ***Fase descrittiva***

Il CTU, esaminati gli atti di causa e dopo la visita del danneggiato, deve descrivere la vicenda clinica per cui è stata fatta causa partendo da una raccolta particolareggiata della anamnesi patologica per avere chiare le preesistenze naturali del danneggiato o del defunto (in questo caso trattasi di ctu sugli atti) e della loro influenza sui danni conseguenza lamentati dallo stesso.

Epicrisi:

Un quadro chiaro delle preesistenze c.d. naturali serve al CTU per valutare non solo il quantum debeatur, ma anche l'an debeatur.

Una perfetta conoscenza della situazione bio-patologica del paziente danneggiato servirà a:

- *stabilire se questa sia stata causa unica o concausa efficiente a produrre il danno lamentato tanto da poter escludere l'influenza dell'operato del medico o della struttura;*
- *stabilire se queste preesistenze naturali abbiano favorito il danno ed in che misura (ove si sia rilevato un inadempimento medico in termini di negligenza, imprudenza o imperizia);*
- *stabilire se le preesistenze naturali siano state ininfluenti sulla produzione del danno (sia in termini di danno evento che di danno conseguenza)*
- *stabilire se queste preesistenze abbiano influenzato la gestione della "complicanza colposa" tanto da rendere impossibile evitare la conseguenza della complicanza stessa (decesso o maggior danno biologico).*

Dopo aver descritto il quadro bio-patologico preesistente, il CTU deve valutare la gestione del paziente da parte dei sanitari e della struttura sia in termini di diagnosi che di terapia facendo riferimento alle linee guida del tempo e alle buone pratiche cliniche valutando che le raccomandazioni di queste siano state adattate al caso specifico.

Epicrisi

Partendo dal concetto che il paziente o i congiunti richiedono un risarcimento del danno solo quando l'esito atteso dalle cure sia stato diverso da quello prospettato dai medici, la valutazione di tale operato va fatta tenendo conto di tali step:

- *esattezza della diagnosi;*
- *congruità formale della informativa (ossia deducibile solo dal foglio di consenso allegato in cartella e dalle dichiarazioni del danneggiato) resa dai medici al paziente secondo una ragionata analisi sia documentale che di quanto riferito dal danneggiato, tanto da poter “descrivere” al giudice, secondo deduzioni logiche (gravi, precise e concordanti), la propria opinione tecnica. Tale opinione ragionata potrà servire al Giudice a valutare meglio anche le ulteriori prove raccolte in giudizio.*
- *congruità delle terapie adottate dai sanitari per il caso specifico che devono essere le migliori per quel determinato paziente e per quella determinata malattia. Tale valutazione va effettuata tenendo conto del rapporto “rischi/benefici” di ogni possibile terapia ritenuta adeguata a quel soggetto.*

- *valutazione delle complicanze specificando la prevedibilità delle stesse e la loro evitabilità in concreto, tenendo conto che la evitabilità di una complicanza si determina con il seguente processo logico:*
- *determinazione delle possibili etiologie della complicanza realmente occorsa;*
- *puntuale disamina scientifica su ognuna delle cause etiologiche elencate valutando nel caso concreto e con motivazione logica e documentale quale di esse sia la più probabile nel determinismo della complicanza, così da poter dedurre la sua evitabilità con adeguato atto medico.*
- *Valutazione finale della serie di cause che legano l'atto medico (prestazione globale dell'assistenza sanitaria) al danno lamentato dal danneggiato, tanto da rendere chiari, dopo esplicito giudizio controfattuale, eventuali discostamenti dalle buone pratiche dei sanitari o della struttura. Tale ricostruzione finale permetterà agevolmente di risalire all'adempimento degli oneri probatori di ognuna delle parti in causa.*

- **Fase valutativa del danno conseguenza (danno biologico)**

Mentre nella fase descrittiva di elaborazione peritale il medico legale lavora in sincronia con l'altro specialista della collegiale, questa seconda fase è esclusiva del medico legale.

In tale fase il medico legale, ove sia stata accertata una condotta colposa del sanitario o della struttura, deve valutare la conseguenza del fatto illecito in termini di danno biologico (se il paziente non è deceduto).

Evidentemente si parla degli esiti permanenti legati all'attività sanitaria erronea, ossia del c.d. maggior danno.

Non rappresentando questa fase la vera finalità di questo convegno, ma solo un completamento descrittivo di una buona consulenza tecnica di ufficio (e anche di parte) si valuteranno due casi clinici davvero interessanti.



CASI DI STUDIO



**Grazie per
l'attenzione**