

FONDAZIONE FORENSE
BOLOGNESE

SCUOLA SUPERIORE
DELLA MAGISTRATURA

Responsabilità Sanitaria: presente e futuro

Il danno da perdita di chance

Il danno differenziale

Bologna 9 maggio 2022

Luigi Mastroroberto

LUIGI MASTROROBERTO
ARIANNA SERRA

IL DANNO DA PERDITA DI *CHANCES* NELLA RESPONSABILITÀ SANITARIA

Dall'evoluzione giurisprudenziale
alla valutazione medico-legale

Prefazione di GIACOMO TRAVAGLINO

 GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

la storia della responsabilità civile italiana e dei criteri di risarcimento del danno dell'ultimo cinquantennio è storia di frontiere. Una storia "... che è stata, e sarà sempre più spesso, tensione continua tra diritti fondamentali e principi economici...". Il danno da perdita di chance è parte essenziale di questa storia.

Marco Rossetti Il danno alla salute Seconda edizione
CEDAM 2017, 1225-39:

*“...Il danno da perdita di chance consiste
(per chi ci crede, e dichiaro sin d’ora che
io non sono tra questi) nella perdita di
una semplice speranza od opportunità
che dir si voglia”*

Il risarcimento del danno da perdita di chances (nella RC sanitaria)

Problemi aperti:

- ❖ **Esiste ?**
- ❖ **E' solo un danno patrimoniale o è anche un danno non patrimoniale ?**
- ❖ **Di chi è il bene perduto ?**
- ❖ **Come si risarcisce ?**

Il danno da perdita di chances:
dalla 4400/2004 alla 21245/2012
alla 7195/2014 fino alla 28993
del'11 novembre 2019 ed ancora
alla 12928 del 2020

... in caso di decesso del paziente

Consiglio di Stato n. 6268 del 2021

In sede di azione di risarcimento per perdita di chance, poiché l'esigenza giurisdizionale è quella di riconoscere all'interessato il controvalore della mera possibilità già presente nel suo patrimonio di vedersi aggiudicato un determinato vantaggio, l'an del giudizio di responsabilità deve coerentemente consistere solo nell'accertamento del nesso causale tra la condotta antigiuridica e l'evento lesivo consistente nella perdita della predetta possibilità.

Il nesso causale

... nello studio di qualsiasi fenomeno che abbia attinenza con le scienze positive, si debbono ricercarne le cause. Questa indagine ha un valore generale e domina ogni campo del sapere perché non è possibile pensare né agire senza collegare gli avvenimenti secondo le connessioni naturali, ossia secondo il rapporto di causalità.

Clemente Puccini

*i demoni
del nesso
causale*

*Post hoc, ergo
propter hoc*



*... non si può
escludere che*

Le regole da seguire per l'accertamento del nesso causale sono rivolte da un lato ad analizzare come debba essere inteso il concetto di causa e dall'altro a fornire una serie di requisiti che questa deve possedere affinché alla fine si possa affermare, con criteri di certezza o di significativa probabilità, che essa è realmente stata responsabile dell'effetto da analizzare

Nesso causale fra prestazione sanitaria ed evento sfavorevole

Il codice penale, dalla sentenza del 30% alla sentenza Franzese alla 577 del 2008 delle SU della Cassazione Civile.

Come cambia il giudizio medico legale

*La perdita di
c h a n c e s*

```
graph LR; A["La perdita di chances"] --> B["Definizione clinica"]; A --> C["Definizione giuridica (il danno da)"]
```

**Definizione
clinica**

**Definizione
giuridica
(il danno da)**

CORTE DI CASSAZIONE

SENTENZA N. 28993 11 novembre 2019

La sussistenza di una privazione di chance di sopravvivenza, quale evento di danno distinto dalla prospettiva dell'anticipazione dell'evento fatale (ossia della riduzione della durata della sua vita), può essere fondatamente esclusa, qualora la possibilità per il paziente di sopravvivere alla situazione ingravescente risulti talmente labile e teorica da non poter essere determinata neppure in termini statistici e scientifici probabilistici...

CORTE DI CASSAZIONE
SENTENZA N. 28993 11 novembre 2019

... fermo restando che il valore statistico/percentuale – se in concreto accertabile – può costituire al più un criterio orientativo, in considerazione della infungibile specificità del caso concreto, onde distinguere

«la concreta possibilità dalla mera speranza»

$$J = D \times (P - R)$$

dove J rappresenta l'ammontare del danno da liquidare, D i danni totali riportati, P le chance di sopravvivenza prima dell'intervento medico censurabile e R la residua chance di sopravvivenza dopo l'evento di cui si tratta

RHEE R. J., *Loss of Chance, probabilistic cause and damage calculations: the error in Matsuyama v. Birnbaum and the majority rule of damages in many jurisdictions more generally*, in *Suffolk University Law Review Online*, 2013, 39.

$$J = D \times (P - R)$$

$$J = D \times (P - R) / (1 - R)$$

J rappresenta l'ammontare del danno da liquidare, D i danni totali riportati, P le chance di sopravvivenza prima dell'intervento medico censurabile e R la residua chance di sopravvivenza dopo l'evento di cui si tratta

Il risarcimento del danno da
perdita di chances nel paziente
ancora in vita



Il danno differenziale

CORTE DI CASSAZIONE
SENTENZA N. 6341 del 19 marzo 2014

A seguito di un errore medico nel trattamento di una frattura di gomito viene determinata una menomazione maggiore di quella mediamente attesa. La CTU conclude che a fronte di un danno complessivamente valutabile nel 10% il maggior danno determinato dall'errore è quantificabile nel 5%.

CORTE DI CASSAZIONE

SENTENZA N. 6341 del 19 marzo 2014

La questione posta alla Corte è come debba essere monetizzato questo danno, se cioè si debba considerare un danno del 5% che parte da 0 o se, sulle tabelle, si debba riconoscere la differenza fra il 5% ed il 10%.

CORTE DI CASSAZIONE

SENTENZA N. 6341 del 19 marzo 2014

«... fermo che la situazione della integrità fisica del medesimo, in ragione di quanto ritenuto dalla CTU, in dipendenza della natura della lesione conseguita alla caduta era ormai compromessa irrimediabilmente nella misura del 5%... il danno evento cagionato dalla cattiva esecuzione dell'intervento si è concretato nell'essere stata portata la situazione di menomazione alla integrità fisica dal 5% al 10%

CORTE DI CASSAZIONE

SENTENZA N. 6341 del 19 marzo 2014

... la sentenza impugnata, considerando l'equivalente dell'invalidità del 5% ha considerato dunque erroneamente il danno evento, che non era una perdita dell'integrità dal valore 0 fino al 5%, bensì quello della perdita dell'integrità dal valore dal 5% al 10%...

CORTE DI CASSAZIONE
SENTENZA N. 28986 dell'11 novembre 2019

Ambito RCA

In caso di lesioni da responsabilità di terzi che si verificano su un distretto già menomato, è legittimo monetizzare il danno col criterio del danno differenziale.

CORTE DI CASSAZIONE
SENTENZA N. 28986 dell'11/11/2019

Danno concorrente
versus
Danno coesistente

LA REGOLA DELLE REGOLE

LA GIURISPRUDENZA

LE NORME

LA DOTTRINA MEDICO LEGALE

***LA REGOLA
DELLE REGOLE***

LA CORTE DI CASSAZIONE

Avrebbe ritenuto valido lo stesso principio anche in questo caso?

Ragazzo che cade da cavallo e riporta una lesione mielica con conseguente paraplegia.

Durante l'intervento di stabilizzazione vertebrale per un errore medico si determina una lesione del plesso brachiale dx con residua plegia dell'arto.

Sarebbe stata accettata una CTU che avesse concluso dicendo che il danno da colpa medica è la differenza fra l'85% e il 90% ?

LA CORTE DI CASSAZIONE

Avrebbe ritenuto valido lo stesso principio anche in questo caso?

Donna di 74 anni operata e di protesi di anca, che si complica con una mobilizzazione settica.

Viene rimossa la protesi, viene applicato uno spaziatore antibiotato per due mesi e, con nuovo accesso chirurgico, viene posizionata una nuova protesi, il cui decorso è ottimale.

Il danno permanente biologico riferito alla ulteriore cicatrice ed alla cruentazione dei tessuti viene stimato nel 3-4%.

LA CORTE DI CASSAZIONE

Avrebbe ritenuto valido lo stesso principio anche in questo caso?

Uomo di 70 anni con arto inferiore dx poliomielitico che viene urtato da auto e cade riportando una frattura di femore allo stesso arto, ma anche una frattura di polso a sn

LA

GIURISPRUDENZA

CORTE DI CASSAZIONE

SENTENZA N. 15733 del 16 aprile 2015

A fronte di un “maggior danno” del 5% riconosciuto dal CTU, la corte respinge la richiesta di liquidazione secondo il criterio del “danno differenziale”. Trattandosi di un danno che colpisce un distretto che sarebbe stato comunque menomato, afferma che questo danno va liquidato con un criterio equitativo di personalizzazione.... e così Tribunale Milano, sez. I, 23/10/2013 e 23/08/2016 e CC 28829-2018 del 21/8/2018

CORTE DI CASSAZIONE

SENTENZA N. 28829 del 21/8/2018

... In altri termini, va ribadita la validità del principio causale puro (all or nothing), non essendo ammissibile la comparazione tra causa umana imputabile e causa naturale non imputabile, ma solo tra comportamenti umani colposi... il diverso ed autonomo momento della determinazione del risarcimento dovuto, attiene non già al piano della causalità equitativo-proporzionale, bensì a quello dei criteri di delimitazione dell'ambito del «danno» ...”

CORTE DI CASSAZIONE

SENTENZA N. ~~28986~~ 28990 dell'11 novembre 2019

Discutendosi ugualmente di lesioni da responsabilità di terzi che aggravano una condizione preesistente, la corte respinge la richiesta di parte di monetizzare il danno con il criterio del danno differenziale.

LE

NORME

Art. 138, comma 2, paragrafo a) e comma 3

...per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente alla integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico legale, che esplica una incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato...

NOTE INTRODUTTIVE DELLA TBELLA 10-100

Menomazioni preesistenti

Nel caso in cui la menomazione interessi organi od apparati già sede di patologie od esiti di patologie, le indicazioni date dalla tabella andranno modificate a seconda che le interazioni tra menomazioni e preesistenze aumentino ovvero diminuiscano il danno da lesione rispetto ai valori medi....

NOTE INTRODUTTIVE DELLA TBELLA 10-100

Menomazioni preesistenti

ad esempio: il valore tabellato per la perdita di un occhio andrà maggiorato nel caso la lesione si verifichi in un soggetto monocolo o con deficit visivo nell'occhio controlaterale; viceversa, il valore tabellato per una anchilosi di caviglia andrà ridotto se la menomazione si realizza in un soggetto paraplegico.

Art. 138 e 139 D. Leg 209/2005 e succ. modifiche

Gli articoli 138 e 139 disciplinano le modalità di accertamento e monetizzazione del danno alla persona da RCA e da RC sanitaria.

Esiste un tertium genus ?

LA

MEDICINA LEGALE

Criteri per la valutazione medico-legale del danno alla persona in R.C.

Lesione



Disabilità



Handicap

Il danno nel soggetto fragile e/o vulnerabile

Tra le società e associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie figura anche la SIMLA, il cui documento relativo alla Consensus Conference “Valutazione del danno biologico nella persona anziana” è stato inserito nel Sistema Nazionale Linee Guida dell’ISS come “buona pratica clinico-assistenziale”. Il documento assume così le caratteristiche previste dalla predetta Legge Gelli-Bianco in relazione al suo articolo 5, ovvero in mancanza di Linee Guida nel SNLG, gli esercenti la professione sanitaria “si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali”, diventando patrimonio tecnico-applicativo nella quotidiana attività di tutti gli specialisti in medicina legale che si occupano di valutazione del danno alla persona

La consensus conference della SIMLA

Per quanto riguarda la valutazione dello stato anteriore sono stati presi in considerazione sia i contributi provenienti dai database biomedici, sia i contributi dottrinari, da cui emerge che la ricostruzione dello stato anteriore rappresenta un elemento irrinunciabile per qualsiasi operazione valutativa medico-legale.

Come riportato dai risultati della CC, non è ammissibile valutare solo la menomazione senza tenere conto degli effetti che essa determina sulla stabilità della persona anziana. Infatti, una singola lesione, anche di modesta entità, in una persona fragile può avere ripercussioni maggiori che in una persona giovane, tali da compromettere il suo funzionamento e la sua autonomia

La consensus conference della SIMLA

la Giuria della Consensus conference ha concluso che è raccomandata una valutazione che tenga conto della performance fisica e cognitiva della persona anziana prima dell'evento traumatico e che i criteri di valutazione devono rappresentare l'effettivo grado di riduzione dello stato psicofisico anteriore e non devono necessariamente essere vincolati a indicazioni di barème costruiti sul riferimento quantitativo di singole menomazioni su una teorica integrità

L'ALGORITMO PER LA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO

Il danno biologico, quello che occorre valutare e risarcire come conseguenza di un fatto da responsabilità di terzi, è, in ultima analisi, la diminuzione della capacità di vivere la vita che aveva il leso al momento del sinistro. Ogni persona, al momento del fatto illecito di cui è rimasto vittima, ha un suo “100” composto dalle abilità e dalle disabilità che gli appartenevano in quel momento e che gli consentivano comunque di svolgere determinate attività.





FONDAZIONE FORENSE
BOLOGNESE

SCUOLA SUPERIORE
DELLA MAGISTRATURA

Responsabilità Sanitaria:

presente e futuro

GRAZIE
Il danno differenziale

Bologna 9 maggio 2022

Luigi Mastroroberto