

Onere della prova in chiaro

Nelle sentenze della Cassazione di novembre tutti i paletti sulla responsabilità

Pagina a cura
DI MICHELE SPROVIERI
E ILARIA GIOVE*

Interpretazione estensiva della legge Gelli, criteri di riparto dell'onere probatorio sulla causa non imputabile tra ospedale e medico, consenso e danno.

Sono i macrotemi che la Corte di cassazione ha affrontato nelle dieci sentenze «di San Martino», le quali, pur non innovando riguardo ai temi trattati, rappresentano per gli operatori una pietra miliare, racchiudendo in una sorta di decalogo gli aspetti più delicati della responsabilità sanitaria: l'efficacia temporale delle nuove disposizioni, i presupposti delle reciproche responsabilità di medico e strutture sanitarie, l'obbligo del consenso informato, le varie tipologie di danno.

Non retroattività, interpretazione estensiva. In generale, è vero che non è possibile l'applicazione retroattiva della normativa (specie quella sulla responsabilità extracontrattuale del medico) perché determinerebbe una riduzione del termine utile alla proposizione dell'azione per l'accertamento della responsabilità (da dieci a cinque anni) e l'inversione dell'onere della prova in favore del medico e a discapito del danneggiato (così in Cass. n. 2899/19). Tuttavia, una diversa soluzione interpretativa è stata prevista nel senso della retroattività del criterio liquidativo del danno lieve di cui agli artt. 138 e 139 del Codice delle assicurazioni, criterio richiamato dal decreto Balduzzi prima e dalla Legge Gelli poi: in entrambi i casi non v'è stata sostituzione di precedente normativa, né modifica degli elementi costitutivi della fattispecie legale della responsabilità civile (Cass. n. 2899/19, recentemente già confermata da Cass. n. 115/20).

Responsabilità della struttura e del medico. Nesso causale. Riparto dell'onere. La Corte di cassazione è lineare nella conferma dell'orientamento secondo cui è onere del paziente danneggiato dare prova del preciso nesso di derivazione causale tra il fatto commissivo o omissivo riferito alla struttura e l'insorgenza del danno, restando a carico dei sanitari la compiuta prova

della causa non imputabile per l'omessa o inesatta prestazione resa. Il principio è analizzato in Cass. n. 28991/19, che nell'individuare i criteri per l'assolvimento dell'onere probatorio a carico di ognuno evidenza che, se resta ignota la causa del danno, la conseguenza andrà a discapito del danneggiato; così come il fatto impeditivo della corretta prestazione rimasto ignoto determinerà l'esito sfavorevole per struttura e medico. Il giudizio controfattuale sul possibile esito della prestazione professionale omessa ha il suo presupposto nella prova del nesso causale da parte del danneggiato, senza il quale non ha ragione di sussistere.

La distinzione netta di una diversa ripartizione dell'onere probatorio (tra danneggiato e struttura) è ribadita in Cass. n. 2899/19; il ricorso alla regola delle conseguenze del fatto rimasto ignoto all'esito della prova del nesso causale (sfavorevole per danneggiato o struttura/professionista, a seconda dei casi) è residuale e limitata ai soli casi in cui non sussistano elementi idonei all'accertamento istruttorio.

Nelle ipotesi di corresponsabilità tra struttura e operatore sanitario nei casi di danni da malpractice e per quanto riguarda il riparto di corresponsabilità successivo al pagamento da parte della prima, non è più consentita una graduazione di colpa tra i soggetti (se non nel caso eccezionale di condotta del medico che recide il nesso causale con l'obbligazione della struttura), non potendo più gravare, nella successiva azione di regresso, sul medico per l'intero (Cass. n. 2898/19).

Informazione, consenso e prova. Con sentenza n. 28985/19 la Corte di Cassazione ha inteso dare continuità alle precedenti pronunce in tema di «consenso informato», ribadendo che la violazione da parte del medico del dovere di informare il paziente ha carattere plurioffensivo, potendo cagionare sia un danno alla salute quando sia ragionevole ritenere che il paziente, se correttamente informato, avrebbe rifiutato di sottoporsi all'intervento; sia un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione se, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, pa-

trimoniale o non, diverso dalla lesione del diritto alla salute.

La prova del nesso causale tra volontà violata e danno da omessa informativa non può che ricadere sul paziente perché: i) il fatto positivo da provare è il rifiuto che sarebbe stato opposto al medico; ii) per il principio della c.d. «vicinanza della prova»; iii) la scelta del paziente di rifiutare l'intervento ritenuto necessario dal medico costituisce una eventualità non corrispondente all'id quod plerumque accidit. Spetta al medico provare di avere fornito una adeguata informazione al fine di ottenere un valido consenso al trattamento sanitario; in caso di sua omissione la prova della relazione intercorrente tra evento (vizio del consenso) e danno (lesione di un diritto patrimoniale o non patrimoniale) non è automatica, ma spetta al paziente.

Le tipologie di danno.

La Corte di cassazione fissa definitivamente i criteri per la liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale: precisa che una tale liquidazione al congiunto non può coesistere con la individuazione di un ulteriore danno morale (analogamente all'ipotesi di richiesta di danno biologico e dinamico relazionale). Viceversa possono coesistere come diverse voci quello biologico e il danno di diversa natura, il dinamico relazionale e il morale. La risarcibilità del danno tanatologico iure hereditatis al congiunto resta esclusa in quanto duplicazione del danno morale, mentre viene confermato il risarcimento del danno biologico terminale (Cass. n. 28989/19).

Inoltre la Cassazione circoscrive l'ambito di applicazione della c.d. perdita di chances al caso in cui la condotta nel sanitario abbia cagionato un evento di danno incerto, precisando altresì la distinzione dalle affini figure del danno biologico, danno da perdita anticipata della vita e da sua peggior qualità e, infine, danno al diritto di autodeterminazione (Cass. n. 28993/19).

La Corte detta poi i criteri da applicare nella liquidazione del «danno differenziale» da aggravamento (Cass. nn. 28986 e 28990/19), ove l'indempimento professionale costituisca concausa di lesioni su di un paziente con cattivo stato



di salute pregresso.

Potranno distinguersi, allora, lesioni come concorrenti (se la disfunzionalità interessa lo stesso organo) o coesistenti (se destinate a interessare organi diversi): in tale e ultimo caso la nuova invalidità è indipendente rispetto al precedente stato di salute e la sua quantificazione andrà effettuata senza tenere conto dello stato pregresso. Ove invece vi sia peggioramento (con incremento della disfunzionalità preesistente; caso di concorrenza ad es. su organo già compromesso) la valutazione riguarderà un grado ulteriore e maggiore di invalidità che si andrà ad aggiungere, per la sua quantificazione, alla preesistente, da sottrarre poi nella liquidazione «differenziale» da parte del giudice.

Nella panoramica delle peculiarità liquidative del danno alla persona, si inserisce poi la pronuncia n. 28988/19, in cui la Suprema Corte si pronuncia con riferimento a un danno alla salute determinato nel nascituro al momento del parto quale conseguenza di errate manovre ostetriche. La misura del risarcimento prevista dalla legge o dal criterio uniforme adottato dai giudici di merito costituisce già lo standard risarcitorio, suscettibile di una variazione in aumento solo a condizione del ricorrere di conseguenze invalidanti del tutto peculiari.

Viene trattato pure il tema della personalizzazione del danno, ribadendo che le conseguenze dannose indefettabili di un danno espresso in misura percentuale incidente sulla complessiva validità del soggetto, di qualsiasi entità (e, aggiungiamo, tanto più nelle macrolesioni) sono già valorizzate da tale indicazione percentuale e corrispondono al valore monetario di riferimento. La duplicazione risarcitoria va quindi scongiurata personalizzando detto importo solo ed esclusivamente nel caso in cui ricorrano circostanze eccezionali.

***FGA Studio legale**

—© Riproduzione riservata—

RC Sanitaria: i principi del «decalogo» della Corte di cassazione

Legge Gelli	Irretroattività, salvo che per il criterio liquidativo del danno lieve
Distribuzione onere della prova tra danneggiato e sanitari	<ul style="list-style-type: none"> • Prova del nesso causale da parte del paziente • Prova di causa non imputabile per l'omessa o inesatta prestazione da parte dei sanitari
Distribuzione della corresponsabilità tra struttura e medico	Non può più gravare - nella successiva azione di regresso - sul medico per l'intero
Violazione del dovere di informazione al paziente	Danno plurioffensivo
Prova del danno da omessa informativa	<ul style="list-style-type: none"> • Ricade sul paziente prova del nesso causale tra omessa/inadeguata informativa e danno • Il medico deve provare di avere fornito una adeguata informazione al fine di ottenere un valido consenso al trattamento sanitario • No coesistenza tra danno da perdita del rapporto parentale e ulteriore danno morale • Coesistenza tra danno biologico e danno di diversa natura (dinamico relazionale e il morale) • Non risarcibilità del danno tanatologico iure hereditatis • Risarcibilità del danno biologico terminale • Perdita di chances non risarcibile se nesso causale incerto • Danno differenziale da aggravamento per inadempimento del medico: diverso calcolo della maggiore invalidità • Danno al nascituro suscettibile di una variazione in aumento solo a condizione del ricorrere di conseguenze invalidanti del tutto peculiari • Personalizzazione del danno solo ed esclusivamente nel caso in cui ricorrano circostanze eccezionali
Criteri di liquidazione delle diverse tipologie di danno	

Bilancio a tre anni dalla legge Gelli su sicurezza e rischio professionale sanitario

Ospedali, aumentano costi e liti Accertamenti tecnici risolutivi

Pagina a cura
DI MARCO FERRARO
E MICHELE SPROVIERI*

Sono stati circa 8 milioni i ricoveri annui nelle strutture ospedaliere, circa 320 mila pazienti coinvolti in errori o difetti organizzativi (4%), e nuovi contenziosi annui fra 10 mila e 12 mila, in aumento dello 0,15%. Ma buon esordio per gli accertamenti tecnici preventivi, confermati in sentenza nel 90% dei casi.

Sono i dati che fotografano i primi tre anni di applicazione della legge Gelli (legge n. 24/2017), di disciplina della responsabilità sanitaria, nonostante l'obiettivo fosse quello di superare l'impasse creatosi nel settore a causa del peso e dell'onere della medicina difensiva a fronte di ingenti richieste di risarcimento del danno.

Dati, questi, che alimentano la preoccupazione degli operatori di sanità per le azioni giudiziarie intentate nei confronti dei medici e delle strutture, sia pubbliche che private.

Il primo bilancio, sia economico che giuridico, dei primi tre anni dall'entrata in vigore della legge è emerso in occasione dell'evento che si è svolto dal 12 al 14 febbraio 2020 a Roma, presso l'Istituto di medicina legale dell'università La Sapienza, organizzato da Vittorio Fineschi e Paola Frati, docenti ordinari di medicina legale, nel quale si è discusso di sicurezza delle cure, di rischio clinico, dell'impatto di tale sistema sulla gestione del contenzioso, partendo proprio dall'analisi degli effetti dei primi quattro articoli della legge n. 24/2017.

Risk management in ospedale. Per quanto relativo ai sistemi di gestione del rischio clinico e di prevenzione, nel corso dell'evento è stato correttamente evidenziato che l'adozione delle misure di risk management previste dal legislatore, che individuano e definiscono tutti gli interventi finalizzati a identificare, gestire

e ridurre i rischi connessi all'attività sanitaria in generale, e quella dei suoi professionisti in particolare, determineranno una diminuzione delle somme a disposizione per le cure del paziente.

Anche per questo, dagli operatori è venuta la richiesta di condividere criteri di gestione comuni e che consentano a tutti gli ospedali di seguire il medesimo approccio; una sorta di linea guida su scala nazionale di gestione del risk management.

Il decalogo della Corte di cassazione. Rassicurazione ha invece espresso, nell'ambito del convegno, Giacomo Travaglini, presidente della III sezione Civile di Cassazione, sulle finalità del cosiddetto «decalogo di San Martino» e delle dieci sentenze della Suprema corte dell'11 novembre 2019, che hanno, di fatto, voluto fissare i criteri interpretativi fondamentali per la responsabilità civile sanitaria e medica ponendo un freno a eventuali difformità interpretative dalla ratio legis della normativa del 2017 a tre anni dalla pubblicazione.

I giudizi di merito. Per quanto riguarda i giudizi di merito, l'applicazione della legge Gelli ha determinato il massiccio ricorso agli accertamenti tecnici preventivi (ATP), ha riferito Alberto Cisterna, presidente della XIII sezione civile del Tribunale di Roma, nel corso del convegno, fino a raggiungere il numero di circa 1.300, in aumento rispetto al pregresso contenzioso, con i successivi giudizi di merito che nel 90% dei casi confermano i risultati raggiunti dalla precedente consulenza.

L'applicazione dei principi enunciati dalla legge Gelli, peraltro, ha consentito di escludere un allungamento dei tempi di accertamento del diritto al risarcimento del danneggiato per l'esclusione dell'esercizio del diritto di regresso della

struttura nei confronti dei medici corresponsabili, nel medesimo giudizio.

L'attesa riduzione del contenzioso, evocata da Cisterna come conseguenza della norma della legge Gelli che esclude la possibilità per la struttura sanitaria convenuta in giudizio di coinvolgere il medico, potrebbe non verificarsi. Innanzitutto perché la chiamata del medico da parte della struttura è consentita nella antecedente fase della procedura di accertamento tecnico preventivo.

In secondo luogo, specie in caso di colpa, perché difficilmente il coinvolgimento del medico su iniziativa del danneggiato verrà meno in una fase successiva. Dunque, avremo senz'altro liquidazioni più veloci in favore dei pazienti danneggiati; ma dovremmo aspettarci l'aumento del contenzioso per la instaurazione dei successivi giudizi di rivalsa da parte degli ospedali nei confronti dei medici.

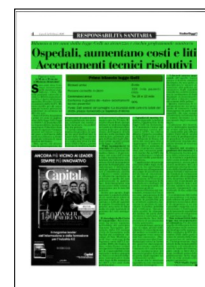
A meno che le strutture ospedaliere non rinuncino all'azione di recupero.

I decreti ancora mancanti. All'appello manca ancora il decreto attuativo destinato, da una parte, a disciplinare le misure alternative alla polizza assicurativa degli ospedali (cosiddetta autorizzazione, con la costituzione di fondi destinati ai risarcimenti); dall'altra a fissare i requisiti minimi delle polizze.

Questa mancanza di regolamentazione sta provocando, al momento, scelte disomogenee da parte degli ospedali, che non sempre accantonano correttamente le somme destinate ai risarcimenti degli eventuali danni.

L'adozione dei decreti, con la indicazione specifica dei criteri sull'uso dei fondi, renderebbe più efficace inoltre l'attività di analisi dei rischi, di predisposizione di procedure di controllo e di verifica dei risultati ottenuti in termini di sicurezza delle cure.

Analisi del rischio e



gestione dei sinistri: 1 a 0. Nonostante la nota positiva della istituzione presso le strutture ospedaliere delle unità dedicate al risk management, ancora passi avanti andranno fatti per la gestione interna dei sinistri e della liquidazione dei danni. Infatti, l'istituzione dei Comitati di valutazione dei sinistri, che si occupano della disamina dell'istruttoria e dei risarcimenti dei danni richiesti, non è sufficiente laddove non siano presenti componenti specializzati di loss adjusting esterni

La valutazione del rischio di soccombenza e di potenziale esborso da parte della struttura necessitano infatti di competenze a cui non è possibile sopperire con la conversione o l'utilizzazione del personale ospedaliero interno privo di competenza ed esperienza specifica.

Non retroattività della legge ma interpretazione estensiva. Un ulteriore aspetto di riflessione deriva dalla lettura delle sentenze del decalogo sulla responsabilità sanitaria dell'11 Novembre 2019, dalle quali si evince la volontà della Corte di cassazione di uniformare l'interpretazione degli istituti della responsabilità sanitaria e di estendere la ratio di tutela del danneggiato anche a fatti che si siano verificati prima della pubblicazione della legge Gelli (si veda articolo nella pagina successiva).

***FGA Studio legale**

© Riproduzione riservata

Primo bilancio legge Gelli

Ricoveri annui	8 mln
Persone coinvolte in danni	320 mila pazienti circa
Contenziosi annui	Tra 10 e 12 mila
Conferma in giudizio dei «nuovi» accertamenti tecnici preventivi	90%

Fonte: Dati emersi nel convegno «La sicurezza delle cure e la tutela dei diritti» presso l'università La Sapienza di Roma