

Tribunale di Tricase, 4 ottobre 2012. Est. Positano

**Responsabilità medica e applicazione del criterio del giudizio controfattuale di tipo prognostico-ipotetico - Prova della preponderanza dell'evidenza e cioè del più probabile che non - Modalità.**

*Dopo le pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione nn. 576-581 dell'11 gennaio 2008, il nesso causale tra condotta omissiva o commissiva del sanitario e l'evento dannoso ricorre solo quando può affermarsi, in base alle circostanze del caso concreto, che la condotta alternativa corretta avrebbe impedito l'avverarsi dell'evento con una probabilità superiore al 50% secondo la regola del "più probabile che non". Ciò impone di individuare sempre la condotta errata e, quindi il responsabile. Pertanto, il giudice, in caso di condotta omissiva, deve utilizzare il criterio del giudizio controfattuale di tipo prognostico-ipotetico secondo le regole proprie del diritto penale, con la differenza che il regime probatorio di tale ultimo ambito richiede la dimostrazione oltre il ragionevole dubbio, mentre in ambito civilistico è sufficiente la prova della preponderanza dell'evidenza e cioè del più probabile che non. Il profilo della probabilità va, però, correttamente inteso: ciò che rileva è la probabilità logica e non la semplice probabilità statistica. La probabilità logica è la risultante del confronto tra le leggi scientifiche e statistiche e le circostanze del caso concreto.*

*La valutazione del giudice richiede due passaggi: va abbandonata la ricostruzione causale fondata su probabilità astratte, mentre rileva nel giudizio civile la verifica individuale del nesso eziologico che tenga conto di tutte le circostanze del caso concreto. In secondo luogo, è indispensabile poter esprimere un risultato probatorio elevato (più probabile che non) sulla base della preponderanza logica dell'unica ipotesi causale proponibile.*

*Se non è possibile affermare che l'unica ipotesi causale proponibile è quella dell'errore medico come causa della patologia che ha comportato la menomazione, la domanda va rigettata, dovendosi prendersi atto che nel giudizio non*

*esistono dati che consentano di affermare l'esistenza di una probabilità superiore al 50%, ai fini della pronuncia sulla responsabilità medica. Ogni altra valutazione rientra nel vago ed insufficiente concetto del "non si può escludere che", proprio dell'ambito medico e biologico, ma non di quello giuridico*

Sentenza ex art. 281 sexies c.p.c.

Il Tribunale di Tricase, in persona del Giudice Unico, Dr Gabriele POSITANO, ha emesso la seguente sentenza nel giudizio n. 221/06 vertente tra:

omissis

All'udienza odierna la causa è stata oralmente discussa e decisa ai sensi dell'art. 281 sexies c.p.c.

**FATTO E DIRITTO**

Il novellato art. 132 c.p.c. esonera il giudice dal redigere lo svolgimento del processo. Va ritenuta legittima la motivazione c.d. per relationem (cfr., da ultimo, Cass. 3636/07), la cui ammissibilità – così come quella delle forme di motivazione c.d. indiretta – risulta definitivamente codificata dall'art.16 del d.lgs 5/03, recettivo degli orientamenti giurisprudenziali ricordati. Per consolidata giurisprudenza del S.C. il giudice, nel motivare “concisamente” la sentenza secondo i dettami di cui all'art. 118 disp. att. c.p.c., non è tenuto ad esaminare specificamente ed analiticamente tutte le questioni sollevate dalle parti, ben potendosi egli limitare alla trattazione delle sole questioni – di fatto e di diritto – “rilevanti ai fini della decisione” concretamente adottata (scrive Cass. 27.7.2006 n. 17145: “La conformità della sentenza al modello di cui all'art. 132 n. 4 c.p.c., e l'osservanza degli art. 115 e 116, c.p.c., non richiedono che il giudice di merito dia conto dell'esame di tutte le prove prodotte o comunque acquisite e di tutte le tesi prospettate dalle parti, essendo necessario e sufficiente che egli esponga, in maniera concisa, gli elementi in fatto ed in diritto posti a fondamento della sua decisione, offrendo una motivazione logica e adeguata, evidenziando le prove ritenute idonee a confortarla, dovendo reputarsi per impli-

cito disattesi tutti gli argomenti, le tesi e i rilievi che, seppure non espressamente esaminati, siano incompatibili con la soluzione adottata e con l'iter argomentativo seguito"); Le restanti questioni non trattate non andranno ritenute come "omesse" (per l'effetto dell'error in procedendo), ben potendo esse risultare semplicemente assorbite (ovvero superate) per incompatibilità logico-giuridica con quanto concretamente ritenuto provato dal giudicante.

Destituita di fondamento appare la eccezione preliminare di nullità dell'atto di citazione sul presupposto che il presidio ospedaliero di Tricase e L'istituto delle suore Marcelline sarebbero soggetti giuridicamente inesistenti e comunque diversi dal destinatario della domanda. L'atto di citazione è stato notificato a tale soggetto ed è stato ricevuto la persona abilitata al ritiro e il nosocomio si è ritualmente costituito con ciò sanando ogni possibile vizio. Infine, l'articolo 164 c.p.c. con riferimento alle ipotesi di nullità, riguarda le fattispecie di assoluta incertezza nell'individuazione del soggetto passivo, ipotesi non ricorrente nel caso di specie.

La controversia che si agita tra le parti va risolta sulla base dei principi affermati dalle dieci sentenze SU Cass Civile 2008, che sganciano lo standard di "certezza probabilistica" in materia civile dalla determinazione quantitativa - statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare, richiedendo una verifica diversa, riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana). Nello schema generale della probabilità come relazione logica va determinata l'attendibilità dell'ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma (c.d. evidence and inference nei sistemi anglosassoni). In sostanza l'accertamento della responsabilità medica in ambito civile richiede adesso una standard più basso: mentre nel processo penale vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio", nel processo civile vige la regola della preponderanza dell'evidenza, o del "più probabile che non".

Pertanto l'indagine condotta dal consulente tecnico di ufficio deve consentire di ricostruire analiticamente la storia clinica della paziente sulla base della documentazione esibita, accertare se la natura dell'attività posta in essere dai sanitari descritta nell'atto di citazione rientrava nella prestazione professionale media ovvero i problemi affrontati presentavano profili tecnici di speciale difficoltà, che imponevano una preparazione ed un dispendio di attività superiori alla media; nel primo caso, verificare se i sanitari, in particolare, abbiano osservato o meno, per inadeguatezza o per incompletezza della preparazione professionale ovvero per omissione della diligenza media, quelle regole precise che sono acquisite, per comune consenso, alla tecnica di chi abbia una preparazione ed attenzione media; nel secondo caso, accertare se abbiano agito con colpa grave e cioè, se abbia commesso errori non scusabili per la loro grossolanità, ovvero manifestato ignoranza incompatibile con il grado di preparazione che la professione esercitata richiede ovvero che la reputazione di un professionista dà motivo di ritenere esistente, ovvero abbiano evidenziato superficialità e disinteresse per i beni primari che il cliente ha affidato alle sue cure.

L'intervento in esame non ha presentato caratteri di difficoltà trattandosi di intervento che ha riguardato una arto protesi d'anca conseguente a caduta accidentale domestica, subita da una paziente che al tempo dei fatti aveva 56 anni.

Nella valutazione del nesso causale si dovrà considerare che, dopo la sentenza Cass. SU n. 581/08, muta sostanzialmente tra il processo penale e quello civile, la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio" (cfr. Cass. Pen. S.U. 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese), mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non", stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti. Quindi occorrerà verificare se, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di probabilità del 50% + 1,

non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva, definendone il verosimile diverso grado. Tutto ciò deve essere armonizzato con il principio dell'onere della prova, secondo cui il rischio della prova grava sulla parte attrice, e, in difetto, non potrà essere emessa sentenza di accertamento della responsabilità della struttura ospedaliera o del professionista (Cass. n. 10743/09).

Come rilevato dal consulente di ufficio dopo la caduta accidentale verificatasi il 11 maggio 2004, l'attrice ha fatto ingresso nel nosocomio di Tricase con una frattura al femore sinistro, è stata operata il giorno successivo cui ha fatto seguito un regolare decorso post-operatorio fino alle dimissioni del 25 maggio 2004. In data 5 giugno 2004 gli ortopedici segnalano la presenza di una minuscola zona di secrezione sierosa sulla cicatrice, il 14 giugno gli ortopedici descrivono la ferita in ordine, prescrivendo alla paziente di camminare con l'ausilio di un bastone. Solo il 3 novembre 2004 la Pe. viene visitata dal dottore Te. prescrivendo una terapia di riabilitazione. Nella seconda metà del mese di novembre 2004 compare una lombalgia per cui la paziente richiede consiglio ai fisiatristi di altro nosocomio (Gagliano del Capo), fino a quando nel gennaio del 2005 lo specialista ortopedico, dott. D'Alessandris consiglia, per la prima volta, di eseguire esami di laboratorio sospettando che potesse esservi una complicanza settica nella sede dell'impianto protesico. In effetti, gli esami di laboratorio eseguiti il 13 gennaio 2005 evidenziarono un rialzo, seppure di discreta entità, di alcuni valori (VES e proteina C), sintomatici di un processo di infiammazione in atto. Gli ulteriori accertamenti consentirono di confermare quel sospetto di mobilitazione dello stelo protesico a causa di una complicanza settica. Pertanto, presso altro centro, nel mese di maggio 2005, altro chirurgo ortopedico, ha proceduto alla doverosa rimozione e sostituzione della protesi infetta. Gli esami colturali sui tamponi della protesi hanno evidenziato la presenza di colonia di stafilococcus.

Il consulente ha affermato che certamente si è verificata una infezione della protesi articolare e che questa determinato il lieve danno riscon-

trato nella attrice (ITT e ITP). Ha aggiunto che tali infezioni costituiscono complicanze normali, note a i chirurghi ortopedici, in quanto si verificano in una percentuale di casi che, varia dallo 0,4 al 4%. Ha precisato che è del tutto improbabile che tali infezioni possono essere ricondotte a condotte contrarie alle regole dell'arte, direttamente poste in essere dal chirurgo che ha eseguito l'operazione. Si tratta, al contrario, di complicanze che possono derivare da una moltitudine di cause: un'accidentale contaminazione della sala operatoria, dei ferri chirurgici, ma anche nella fase postoperatoria, una contaminazione della ferita e del tramite chirurgico, fino alla protesi. Ha evidenziato che nel corso della degenza ospedaliera presso il nosocomio di Tricase gli esami di laboratorio non avevano assunto mai caratteri patognomonici di un processo asettico, ma avevano le caratteristiche di dati fisiologici, generalmente ricorrenti e certamente non univoci.

L'incremento della quota granulocitaria neutrofila, osserva il consulente di ufficio, è del tutto consueto nei giorni successivi agli interventi chirurgici analoghi a quello in esame ed il numero complessivo dei globuli bianchi e i valori dell'elettroforesi sieroproteica non suggerivano in alcun modo l'ipotesi di una infezione precoce della protesi.

D'altra parte dopo il primo periodo successivo alle dimissioni, il quadro clinico, che risulta dalla documentazione in atti è rimasto neutro e silente. Tanto che anche nell'atto di citazione, come evidenziato in premessa, vi è un salto cronologico del 25 giugno 2004 relativo alla minuscola zona di secrezione sulla cicatrice, al controllo ortopedico dell'11 gennaio 2005 da parte del dott. d'Alessandris. Anche in occasione della visita del dottore Te. nel mese di novembre 2004 non è emerso alcun segno compatibile con un processo infettivo, tanto che è stato prescritto soltanto un ciclo di terapia di riabilitazione.

Anche il fisiatra dell'altro nosocomio, interpellato (Ospedale di Gagliano del Capo) che si occupò della attrice nel periodo tra dicembre 2004 e gennaio 2005, non evidenziò segni tipici di una infezione protesica.

Il primo professionista a nutrire sospetti al riguardo, è stato il dottor D'Alessandris che visi-

tò la Pe. l'11 gennaio 2005. Evidentemente la sintomatologia dolorosa non era più compatibile con nessun'altra spiegazione e trovò conferma negli esami di laboratorio eseguiti due giorni dopo.

Alla luce di tutto quanto precede il consulente ha escluso la sussistenza di comportamenti, meno che corretti, degli ortopedici che eseguirono l'intervento operatorio presso l'ospedale di Tricase, impiantando la protesi.

Neppure è possibile individuare un condotta imperita nella riscontrata sussistenza di una disimmetria lieve, di circa 1 cm, descritta dai fisiatri dell'ospedale di Gagliano (ma non riscontrata negli esami strumentali successivi), poiché la tecnica connessa all'impianto dello stelo nel canale midollare, prevede che possa esservi qualche piccola differenza di lunghezza tra i due arti.

L'infezione protesica, manifestatasi a distanza di tempo dall'intervento, è stata la causa certa del danno biologico connessa al periodo necessario alla degenza e alla riabilitazione per il secondo intervento. Pertanto il profilo giuridico rilevante è quello dell'accertamento se l'infezione rappresenta una complicanza comune oppure l'effetto di una tecnica chirurgica non adeguata.

Infatti la complicanza, per definizione, prescinde dall'operato del medico al suo verificarsi appartiene alle incognite delle reazioni del paziente.

Gli accertamenti espletati dal consulente, però, non hanno consentito di individuare un errore chirurgico, evidenziando, invece, una serie di variabili che non consentono di individuare l'origine dell'infezione.

Il consulente, anzi, ha precisato in maniera chiara e netta che l'infezione protesica non è in alcun modo collegabile a condotte censurabili da parte dei sanitari.

Inoltre, la riconducibilità di quest'ultima ad una serie di cause ipotetiche tende ad escludere la efficienza eziologica dell'atto chirurgico, quanto meno in termini di probabilità superiore al 50%, in quanto, tale inconveniente potrebbe essere stato determinato (si tratta solo di ipotesi poiché non vi è alcuna prova positiva al riguardo) da carenza della sala operatoria o dello strumentario chirurgico o per il fatto che

qualcuno dei presenti in sala operatoria abbia potuto trasportare i germi responsabili dell'infezione. Ma altrettanto verosimile è che il tramite chirurgico abbia potuto infettarsi nel periodo successivo all'operazione, sia pure in assenza di segni clinici evidenti, anche per le caratteristiche dell'ambiente di degenza o per fatto riconducibile alla stessa paziente.

Si tratta ovviamente soltanto di ipotesi che si riferiscono a infezioni delle protesi articolari che rappresentano complicanze costantemente presenti nella pratica chirurgica.

In sostanza, anche all'esito della consulenza tecnica permane una situazione di assoluta incertezza che lascia irrisolta la eziologia del deficit lamentato dall'attrice e la sua eventuale origine iatrogena. In particolare, il consulente non esprime certezza sulle cause di insorgenza della infezione, in quanto le stesse possono essere molteplici e di varia natura e nella relazione tecnica si esclude categoricamente la sussistenza di una condotta inadeguata o censurabile da parte dei sanitari e si conclude che sulla genesi iatrogena non sussiste certezza avuto riguardo alla frequenza di complicanze, tra 0,4 e 4%, che caratterizzano tali interventi.

Neppure è possibile affermare che nella fase successiva il problema non è stato affrontato in maniera adeguata, attraverso indagini strumentali e cure.

Dal punto di vista giuridico, come evidenziato in premessa, l'onere della prova del nesso causale tra la condotta del medico e il danno spetta necessariamente all'attore, quale vittima della condotta medica ritenuta inadeguata. La valutazione del nesso causale costituisce oggetto delle pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione nn. 576-581 dell'11 gennaio 2008, citate in premessa, nelle quali si è stabilito che tra la condotta omissiva e l'evento dannoso deve sussistere il nesso causale e ciò avviene solo quando può affermarsi, in base alle circostanze del caso concreto, che la condotta alternativa corretta avrebbe impedito l'avverarsi dell'evento con una probabilità superiore al 50% secondo la regola del "più probabile che non". Il giudizio contofattuale è applicabile anche per stabilire il raggiungimento della prova del nesso causale tra la condotta medica e il danno. È infatti sempre necessario individuare la condotta

errata e, quindi il responsabile, e ciò anche in ambito civilistico perché, quale che sia il criterio di imputazione soggettiva del danno, ciò non modifica le regole dell'accertamento del nesso causale che deve essere sempre riscontrato tra la condotta eventualmente colposa del responsabile o la condotta di altri o i fatti indicati dalle norme specifiche in materia. Pertanto il giudice, in caso di condotta omissiva deve utilizzare il criterio del giudizio controfattuale di tipo prognostico-ipotetico secondo le regole proprie del diritto penale, con la differenza che il regime probatorio di tale ultimo abito richiede la dimostrazione oltre il ragionevole dubbio, mentre in ambito civilistico è sufficiente la prova della preponderanza dell'evidenza e cioè del *più probabile che non*. Il profilo della probabilità va, però, correttamente inteso: ciò che rileva è la probabilità logica e non la semplice probabilità statistica.

Infatti la probabilità logica costituisce un profilo ulteriore rispetto a quella statistica perché è la risultante del confronto tra le leggi scientifiche e statistiche e le circostanze del caso concreto. L'attenzione al caso concreto costituisce oggetto delle citate pronunzie del Supremo Collegio che richiedono una doppia valutazione: va abbandonata la ricostruzione causale fondata su probabilità astratte, mentre rileva nel giudizio civile soltanto una verifica individuale del nesso eziologico che tenga conto di tutte le circostanze del caso concreto. In secondo luogo, è indispensabile poter esprimere un risultato probatorio elevato (più probabile che non) sulla base della preponderanza logica dell'unica ipotesi causale proponibile. Proprio tale profilo difetta nel caso di specie essendo certo che non è possibile affermare che l'unica ipotesi causale proponibile è quella dell'errore medico come causa della patologia che ha comportato la necrosi del testicolo.

Dopo le pronunce del 2008 non può trovare più cittadinanza il criterio probatorio generico, fondato su valutazioni e astratte e, pertanto, non effettivamente probanti. Tale profilo è rilevante perché consente di svuotare di significato il riferimento al "criterio di probabilità scientifica" menzionato dal consulente di ufficio nella parte in cui individua l'esistenza del nesso causale tra la patologia e la condotta

medica. Si tratta, evidentemente, di una valutazione meramente statistica e comunque astratta.

Al contrario, non può ritenersi sussistente la prova del nesso causale che dovrebbe legare l'intervento chirurgico all'insorgenza della infezione protesica sulla base di un errore nella condotta del medico.

Quanto al tema del consenso informato dalle risultanze processuali emerge la esistenza di un modulo di consenso informato che riporta soltanto il tipo di intervento specifico menzionando i rischi generici, che riguardano la tecnica e la metodologia da attuarsi, mentre non sono indicate per iscritto le tecniche operatorie eseguite e le possibili complicanze dell'intervento.

Tale genericità non è, però, idonea a determinare una responsabilità da parte dei convenuti. Infatti non essendo stato dimostrato il presupposto del nesso causale tra la condotta dei medici ed il danno lamentato, ogni censura in ordine alle caratteristiche della informazione che deve precedere il consenso non è rilevante. Infatti, poiché non è l'inadempimento da mancato consenso informato a determinare il diritto al risarcimento, ma il pregiudizio consequenziale, nel caso in cui non ricorra un rapporto causale tra l'aggravamento delle condizioni del paziente o l'insorgenza di una nuova patologia e l'intervento sanitario, non è possibile risarcire il danno da inadeguata informazione prepedetica al consenso, difettando il nesso causale tra inadempimento e pregiudizio (sul punto, Cassazione n. 16368-2004). D'altra parte occorre considerare che si è trattato di un intervento di urgenza, eseguito immediatamente dopo un infortunio domestico al fine di evitare possibili complicanze, anche gravi. Non trattandosi di un intervento di elezione, ma di urgenza, la valutazione delle modalità di informazione risulta differente.

In conclusione, in un quadro di tale genere, in assenza di approfondimenti tecnici delle parti sui profili specifici sopra evidenziati, non è possibile affermare che, in base alle circostanze del caso concreto, l'eventuale condotta alternativa corretta avrebbe impedito l'avverarsi dell'evento con una probabilità superiore al 50%.

In difetto, di tali elementi oggettivi deve prendersi atto che nel giudizio in esame non esistono dati che consentano di affermare l'esistenza di una probabilità superiore al 50%, ai fini della pronuncia sulla responsabilità medica. Ogni altra valutazione rientra nel vago ed insufficiente concetto del "non si può escludere che", proprio dell'ambito medico e biologico, ma non di quello giuridico.

Esigenze di economia processuale e l'impossibilità ex art. 111 Cost. di espletare ulteriori accertamenti tecnici per una controversia risalente, relativa a fatti di oltre otto anni fa, impongono l'adozione di una decisione allo stato degli atti. Infatti, la disposizione di cui all'art. 111, comma secondo, della Costituzione, ha natura di «regola precettiva e interpretativa, ad un tempo», e che le esigenze di economia e di «ragionevole durata» del processo, pur nel corretto temperamento fra il valore dell'efficienza e le garanzie del «giusto processo», pretendono «la razionalizzazione dei tempi e dell'organizzazione del processo e, con essa, l'effettività della giurisdizione» riguardo ad ogni ipotesi di regressione del procedimento.

Le spese seguono la soccombenza nei rapporti tra la parte attrice e il convenuto originario Ospedale Pa., mentre vanno compensate in considerazione dell'esito della lite nei rapporti tra assicuratore e nosocomio.

P.T.M.

Definitivamente pronunciando, così provvede: rigetta le domande proposte dall'attrice Pe. Marilena;

condanna la parte attrice soccombente al pagamento delle spese di lite sostenute dall'Ospedale Pa. che si liquidano in euro 70, per spese, euro 6.000, per diritti ed euro 3.000, per onorario di avvocato oltre accessori di legge se dovuti, oltre alle spese di ctu anticipate e le spese sostenute per il terzo chiamato come di seguito determinate;

compensa le spese tra Ospedale Panico e Generali Ass.ni.

Sentenza letta all'udienza del 4 ottobre 2012, ai sensi dell'art. 281 sexies.

Il Giudice Unico

Dr. Gabriele Positano

\*

ILCASO.it