

Va accennato, al fine di offrire al giudice di merito un ventaglio di criteri - peraltro, puramente indicativi, essendone indiscutibile il potere di procedere ad una liquidazione equitativa fondata su criteri diversi, ivi compreso quello dell'equità "pura" - al contributo di studio proposto oltreoceano in merito al metodo di calcolo da adottare per monetizzare il risarcimento da perdita di *chance* quando, in caso di responsabilità civile sanitaria ed in particolare nei casi di ritardo di diagnosi di malattie neoplastiche, non vi sia la certezza del pregiudizio, ma solo una riduzione di probabilità di un diverso e miglior esito della neoplasia. Va però premesso, anche per la migliore comprensione di questo contributo, che il criterio si fonda sul concetto assoluto di riduzione delle *chance*, prescindendo dallo stabilire se queste siano maggioritarie o minoritarie rispetto all'esito finale. In altre parole, un criterio che si applica sempre e non solo quando, come ha talvolta affermato la nostra giurisprudenza, non vi sia una evidenza probabilistica numericamente prevalente sul contrario¹. Premettendo che la teoria della perdita di chances si applica nei casi di *malpractice* in cui non è possibile soddisfare la tradizionale condizione di causalità "*but for*", l'autore contesta la metodologia di calcolo utilizzata fino a quel momento da alcune Corti statunitensi (per tutti, Matsuyama in Massachusetts²). In tali situazioni sono stati calcolati il pieno ammontare dei danni attribuibili al presunto errore sanitario (senza alcuna compensazione probabilistica) e le probabilità di sopravvivenza del paziente prima e dopo l'evento medico, applicando **la seguente formula:**

J = D x (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

¹ 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*, Suffolk University Law Review Online, 2013, 39.

² Supreme Judicial Court of Massachusetts *Matsuyama versus Birnbaum*, 23/07/2008, 890 NE 2d 819.

R la residua chance di sopravvivenza dopo l'evento di cui si tratta.

Secondo altri autori americani, tale metodologia di calcolo risulta, peraltro, corretta solamente nei casi in cui l'accertato comportamento colposo del sanitario riduca "a zero" le probabilità di sopravvivenza; di contro, si propone una nuova formula da applicare nei casi in cui la "colpa medica" riduca le chances di sopravvivenza, che non risultano ancora annullate. Ad esempio, in una situazione patologica connotata dal 45% di probabilità di sopravvivenza, 55 soggetti su 100 decedono per il decorso naturale della malattia: dei 45 soggetti sopravvissuti, una parte potrebbe decedere per intervenuta *malpractice* (si suppone il 30%); ne deriva che il comportamento sanitario censurabile riduce le probabilità di sopravvivenza del 30% (dal 45% al 15%) e che, quindi, 15 pazienti sopravvivranno sia alla malattia sia alla *malpractice* (non potendo ovviamente avanzare pretese risarcitorie). La percentuale di decessi attribuibile alla colpa medica non è del 30% bensì del 35.3% (30/85), poiché il denominatore di riferimento è rappresentato dalla popolazione di soggetti che decedono (85, di cui 55 per decorso patologico e 30 per intervenuta *malpractice*). L'autore propone quindi la formula:

$J = D \times (P - R) / (1 - R)$: applicabile anche nel caso di sopravvivenza "a zero" (dove $R = 0$), in cui 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, tralasciando dunque la percentuale di soggetti che, sopravvivendo alla patologia ed alla "colpa medica", non risultano danneggiati e non possono avanzare pretese risarcitorie.

L'autore conclude riaffermando la centralità del contributo causale per colpa sul risultato ottenuto e critica il ragionamento adottato dalle Corti (che valorizza - in prospettiva *ex ante* - le probabilità di un evento futuro incerto) poiché, in caso di contenzioso per perdita di chances, il parametro di riferimento dovrebbe essere stimato *ex post* sulla totalità dei soggetti danneggiati o morti.

Questa metodologia di calcolo si colloca in uno scenario giuridico e giurisprudenziale ben diverso dal nostro ed è evidente come la sua applicazione integrale sarebbe oggi da noi improponibile.

Ci sembra tuttavia un utile contributo perché, rispetto ad un criterio di monetizzazione del danno da perdita di chance che attualmente sembra prevalere nel nostro Paese e che, pur discutendo di un risarcimento di tipo equitativo, in ogni caso lo commisura al bene teoricamente perduto o non conseguito, la formula proposta da Rhee contiene un criterio di adattamento alla individuazione del reale pregiudizio probabilistico a nostro avviso più corretto del metodo ormai noto come metodo Matsuyama, ossia quello della semplice trasposizione del valore bruto calcolato in base ai dati della letteratura in una percentuale del quantum che teoricamente si sarebbe riconosciuto se fosse stato individuato un vero nesso causale fra errore e pregiudizio.

Mutuando quella proposta da Rhee, la formula suggerita nel testo Ronchi, Mastroberto, Genovese è la seguente:

$$\text{Perdita di chances (in €)} = \text{Danno (in €)} \times \frac{\% \text{ di sopravvivenza pre-colpa} - \% \text{ di sopravvivenza post-colpa}}{100\% - \% \text{ chance di sopravvivenza post-colpa}}$$

Ad esempio: posto che, a causa di *malpratiche*, si passi da una percentuale di sopravvivenza a 5 anni dal 50% al 30%, e che il danno sia stimato (per "provato" nesso causale, vale a dire con criterio del 50%+1) in € 100.000,00 [nella formula "Danno (in €)"], il valore economico da perdita di *chances* (per nesso "non provato", nel senso più volte detto) *potrebbe* essere così calcolato:

$$\text{Perdita di chances (in €)} = 100.000 \text{ €} \times \frac{(50\% - 30\%)}{(100\% - 30\%)} = 28.571 \text{ €}$$

Questo tipo di calcolo fa riferimento essenzialmente alla monetizzazione del danno da riconoscere alla vittima primaria.

Resta poi da stabilire, in caso di danno da perdita di chance da parte della vittima primaria, se ed in che misura abbiano diritto ad un risarcimento *iure proprio* anche i congiunti come vittime secondarie, cosa sulla quale sembra, diversamente da quanto affermato da altro autore³, che vi sia ancora un orientamento non univoco.

Qualora si dovesse procedere ad un risarcimento equitativo anche delle vittime secondarie che faccia ugualmente riferimento al tipo ed all'entità del pregiudizio verificatosi, la formula rimarrebbe identica, avendo solo cura di riferire la voce "Danno (in €)" al teorico danno *iure proprio* dei congiunti.

Ancora, si prendono in esame anche casi (non meno complessi) che riguardano un colposo mancato esito più favorevole (perdita di *chances* di conseguire l'outcome ottimale) nella cura di una patologia non ad esito infausto.

Un esempio attinto da quelli che più ricorrono nella ordinaria casistica della responsabilità civile sanitaria può essere quello di un incongruo trattamento chirurgico per una frattura biossea distale di avambraccio, con residua anchilosi di polso. La stima finale del danno permanente biologico attribuibile a questa complessiva condizione menomativa verrebbe stimato nel 12%. Se invece non si fosse verificato l'errore del chirurgo, nella migliore delle ipotesi (il che non vuol dire che questo si sarebbe certamente verificato, anzi, nel complesso, va ritenuto un epilogo statisticamente minoritario, con probabilità di realizzazione pari al 30%) i postumi finali potevano essere contenuti al 5%.

Discutendosi quindi, ancora una volta di un pregiudizio legato ad una perdita di chance di un miglior risultato, in sede di monetizzazione si *potrebbe* calcolare il 30% (*media perdita di chances*) del valore economico derivante dalla differenza fra *outcome* reale e ottimale, ricorrendo alla seguente formula:

³ Marco Bona, Il nesso causale da perdita di chance; in *Officina del Diritto*. Giuffrè Editore, 2018, pp. 82-87 op. cit

$$\text{Perdita di } \textit{chances} \text{ (in €)} = \left[\begin{array}{cc} \text{Valore economico} & \text{Valore economico} \\ \% \text{ danno} & \% \text{ danno} \\ \textit{outcome reale} & \textit{outcome ottimale} \end{array} \right] \times \left[\begin{array}{c} \% \text{ di ottenimento} \\ \textit{outcome ottimale} \end{array} \right]$$

Si è consapevoli delle numerose perplessità che formule del genere possono suscitare soprattutto nel mondo giuridico e nella magistratura. Si tratta di un condivisibile ulteriore tentativo di introdurre, in una materia dai confini tutt'altro che ben marcati, di così difficile gestione ed ancor più difficile standardizzazione, un criterio che si fonda su un ragionamento scientifico, da offrire alla discussione fra quanti operano in questo settore (dal medico legale al magistrato) al fine, come già scritto più volte, di facilitare la discussione extragiudiziale, accelerare i tempi di definizione di vertenze che solitamente vedono anni prima di essere portate a conclusione e, possibilmente, ridurre in questo modo il ricorso al contenzioso giudiziario.