IL PROCESSO DI COSTRUZIONE DELLA RESPONSABILITÀ DEL MEDICO IN DIRITTO CIVILE E PENALE

L. LOCATELLI

SC Ortopedia e Traumatologia Ospedale San Giovanni di Dio Firenze
SS Chirurgia della mano e Arto Superiore Ospedale Palagi Firenze

SESSIONE 6: ASPETTI MEDICO-LEGALI

La relazione medico paziente è dominata ovviamente dall'interesse alla salute; un interesse comune ad entrambi i soggetti, essendone uno il diretto titolare, l'altro il deputato, per il ruolo che riveste e la competenza a lui propria, ad averne cura; questa relazione dà luogo ad un rapporto di tipo contrattuale, con conseguente obbligo da parte del primo di svolgere l'attività necessaria e utile in relazione al caso concreto e in vista del risultato che, attraverso il mezzo tecnico-professionale, il malato spera di conseguire; il professionista si obbliga, così, a prestare la sua opera con la dovuta diligenza, ma senza garantire al malato la guarigione che dovrebbe essere prodotta dal trattamento.

Sappiamo che il ricorso agli strumenti della scienza non consente al medico di prevenire ogni forma di rischio o danno connesso alla propria attività; l'obbligazione del medico, pertanto, è obbligazione di comportamento, tesa a fornire una buona cura, non ad ottenere la guarigione la quale a volte poco dipende dalla volontà del medico e dalla collaborazione del malato perché possa essere dedotta in obbligazione; il medico può, pertanto, solo porre in essere alcune condizioni necessarie o utili per promuovere il risanamento dell'infermo, ma la riuscita della cura esige troppo la presenza di altri elementi, sui quali il medico non ha alcun potere.

Da qui, la tradizionale definizione dell'obbligazione del medico in termini di mezzi e non di risultato così come del resto tutte le altre professioni intellettuali; è, questo, un principio ricevuto, secondo il quale l'inadempimento del professionista essendo

la sua prestazione una obbligazione di mezzi e non di risultato, se non può senz'altro desumersi dal mancato raggiungimento del risultato utile avuto di mira dal cliente, deve però essere valutata alla stregua della violazione dei doveri inerenti lo svolgimento delle attività professionali ed in particolare del dovere di diligenza da intendersi in applicazione del principio fissato dall'art. 1176 II comma c.c.

Il primo criterio al quale porre riferimento per l'individuazione della responsabilità del medico è la colpa, dove per colpa si intende la discordanza tra la natura e la modalità delle cure suggerite rispetto allo standard di conoscenze della materia e di capacità tecniche, mediamente, esigibili presso un appartenente ad una categoria professionale; è, qui, inevitabile porre mente all'art. 43 c.p., ed al principio secondo cui v'è colpa quando l'evento, anche ove sia preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di *negligenza*, *imprudenza* o *imperizia*, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.

Nella casistica, in materia di responsabilità medica è ad esempio regola di *diligenza* medica sottoporre il paziente ad esami preparatori, così come è tale l'obbligo di informarlo circa i rischi dell'intervento, l'intervenire soltanto previa valutazione dell'alea, prolungare il monitoraggio per tutta la durata della situazione di rischio, non limitare l'intervento alla sola sede affetta da patologia o da difetto quando solo un'operazione più estesa può restituire la funzionalità dell'organo, prestare assistenza tempestiva, procedere ad adeguata vigilanza postoperato-

ria o generica assistenza¹, facendo capire che per giungere ad una censura di negligenza, occorrono gli elementi, anche disgiunti, della disattenzione, della superficialità, del mancato dispiegamento di energie volto ad evitare il prodursi dell'evento.

Sempre nella prassi giurisprudenziale è stato, invece, indicato esser atto di *prudenza* praticare la necessaria anestesia², intervenire con tempestività in relazione ad una situazione ad elevato rischio per evitare la degenerazione in danno, prestare la giusta concentrazione all'intervento senza alcun limite temporale e astenendosi dal seguire contemporaneamente due casi³ o, ancora, collocare il paziente in un reparto ove trovi adeguata assistenza⁴; imprudenza è, pertanto, un'azione avventata che oltrepassa i limiti della normale esperienza medica.

Il concetto di *perizia* medica è stato, infine, richiamato a proposito della capacità di manipolare uno strumento tecnico o in relazione alla necessaria acquisizione dei dati relativi alla situazione di rischio in cui il chirurgo interviene; ancora, la perizia rileva inerentemente alla scelta del metodo terapeutico o, semplicemente, in termini di rispetto delle regole tecniche della professione; la perizia è inoltre collegata all'elaborazione della diagnosi, alla scelta della terapia, ovvero all'esecuzione di operazioni tecniche ritenute necessarie⁵: imperizia, significa dunque assenza di preparazione procedurale, di studio e di aggiornamento.

La colpa viene notoriamente accertata tramite il fondamentale criterio della prevedibilità che dall'azione sarebbe derivato l'evento dannoso, unitamente al criterio della prevenibilità dell'evento medesimo, per giungere alla conclusione che affinché un

comportamento possa qualificarsi imprudente e negligente devono presupporre la previsione e la possibilità di evitare il fatto illecito verificatosi; in definitiva, al di fuori della sussistenza di tali elementi non è concepibile un giudizio di colpevolezza, in quanto solo in relazione alla possibilità di prevedere ciò che è obiettivamente prevedibile e di prevenire ciò che è tecnicamente prevenibile, si può imputare al sanitario di non aver tenuto una condotta diversa per evitare di produrre l'evento ovvero di prevenirlo.

I problemi maggiori in tema di responsabilità medica attengono però alla ricostruzione del nesso causale tra la condotta del sanitario (ove affetta da colpa) e il danno; non tutte le ipotesi di colpa medica portano infatti a risarcimento, dovendosi dimostrare che all'esito dell'atto colposamente connotato sia conseguito l'evento dannoso.

Non essendo la medicina scienza esatta, e non potendosi sempre dire che con la condotta pretendibile il paziente sarebbe guarito o si sarebbe salvato, oggi la giurisprudenza ha delineato una sorta di scala dei gradi di probabilità accertabile⁶ in relazione al fatto che – sostituendo l'attività dovuta a quella errata od omessa – l'intervento avrebbe portato al successo.

Al gradino più alto si pone il valore richiesto per esser ritenuta, o meno, la condotta causa dell'evento in sede penale; al secondo gradino quello necessario alla prova del nesso eziologico nella valutazione civile dell'illecito, mentre al terzo riposano i casi in cui la condotta del medico è ritenuta agire, per carenza statistica della prova sul collegamento causale, sulla sola perdita di *chance*.

In ambito penale domina il percorso introdotto dalla nota sentenza *Franzese*⁷, la quale fa ricorso al

¹ Trib. Milano 12.3.1987; Trib. Verona, 15.10.1990; Trib. Genova, 15.4.1993; Pret. Salerno, 18.05.1992; Cass., 12.5.1977; Pret. Crotone, 26.6.1993.

² Cass. 15.10.1971, n. 2918.

³ Trib. Milano, 12.3.1987.

⁴ Trib. Verona 15.10.1990.

⁵ Cass. 15.10.1971 n. 2918; Trib. Milano, 9.6.1987; Trib. Milano 9.06.1988 n. 5145; Trib. Genova 15.4.1993; Pret., Salerno, 18.5.1992; Trib. Spoleto, 8.6.1987; Pret., Verona 27.7.1989; Pret. Crotone 26.6.1993.

⁶ Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 323.

⁷ Cass. pen., S.U., 11 settembre 2002, n. 30328, in *Danno resp.*, 2003, 195, con nota di CACACE, *L'omissione del medico e il rispetto della presunzione d'innocenza nell'accertamento del nesso causale*, 201; CAPECCHI, *Le sezioni unite penali sul nesso di causalità omissiva. Quali riflessioni per la responsabilità civile del medico?* in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003 fasc. 2, pt. 1, pp. 257 – 264; STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 767-816.

giudizio controfattuale, fondato sul concetto che da una parte la condotta umana è condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente dal novero dei fatti realmente accaduti, l'evento non si sarebbe verificato, e dall'altra non è condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente mediante il medesimo procedimento, l'evento si sarebbe ugualmente verificato; su questa base, per pervenire ad un giudizio affermativo della responsabilità del medico in campo penale è necessario individuare, innanzitutto, il nesso eziologico tra condotta ed evento non in semplici termini di probabilità statistica, bensì alla stregua della probabilità logica e, dunque, della certezza processuale, ossia acquisita dal giudice sulla base di una valida istruttoria, a seguito della ricostruzione e interpretazione logica degli elementi di prova acquisiti, abolendo il ricorso immediato all'arido concetto percentualistico.

L'orientamento – molto garantista per il medico – delineato dai giudici penali si presentò agli occhi dell'interprete come versatile, se non universale⁸, ritenendosi da molte parti opportuna l'applicabilità dello stesso anche al piano civile⁹; si raggiunse, così, da più parti un sistema di ragionamento probatorio d'esclusione dell'interferenza di fattori alternativi, dovendo risultare – anche in campo civile – giustificato e processualmente certo che la condotta del medico sia condizione necessaria dell'evento lesivo con alto grado di credibilità razionale o probabilità logica, tenendo quest'ultima ben distinta dalla probabilità statistica¹⁰, progettando una struttura nuova, non realizzata su freddi presupposti quantitativi, tenendo in considerazione che il criterio beneficia di molti elementi di flessibilità logica: così, si è affermato che l'esistenza del nesso causale tra l'evento e la condotta, attiva o omissiva, del medico può essere accertata non solo quando l'evento lesivo ne è la conseguenza assolutamente certa, ma anche quan-

do, rimasta incerta la causa, in difetto di prove pienamente favorevoli al sanitario circa la corretta e diligente esecuzione dell'intervento, sia razionalmente credibile che un suo diverso comportamento avrebbe positivamente orientato l'esito¹¹, così evidenziandosi il segno di confine negativo, anche in campo civile, circa la sussistenza o meno del rapporto eziologico di fatto.

L'accettazione del medesimo criterio in sede penale e civile non durò a lungo, prospettandosi oggi in ambito risarcitorio l'esistenza di un livello di valutazione inferiore rispetto a quello che domina il percorso di credibilità razionale, offrendosi una soluzione di causalità civile attestata sulla probabilità relativa o variabile, caratterizzata dall'accedere ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale, obbediente alla logica del *più probabile che non*¹² (in sostanza: sostituendo la condotta corretta è sufficiente che sia più probabile che non che il paziente sarebbe guarito per avere condanna), sul presupposto che le esigenze dell'istituto del nesso di causa nel sottosistema penalistico non sono in alcun modo riproducibili nella diversa e, più ampia, dimensione dell'illecito civile; così, oggi si propone nell'ambito del processo civile una lettura del rapporto causale collegata all'interazione dell'illecito con altre discipline non solo scientifiche, ma anche economiche, per raggiungere un risultato di costruire una teoria della prevenzione efficiente del costo collettivo dei danni, così prospettando regole di responsabilità secondo criteri elastici, costruendo un diritto che segue le istanze tese a ricercare modelli per poter giungere all'*attribuzione di un determinato costo sociale, da allocarsi di volta in volta presso il danneggiato ovvero da trasferire ad altri soggetti*¹³.

Credibilità razionale in sede penale, dunque, e criterio del più probabile che non in sede civile, ma non è tutto.

⁸ Cass. pen., Sez. IV, 3 ottobre 2007, n. 36162, con nota di NORDIO, *Responsabilità medica: piccolo passo in avanti in senso garantista. Ma il nodo resta*, in *DirittoeGiustizi@*.

⁹ Cass. civ., 4 marzo 2004, n. 4400, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 1040, con nota di CITARELLA, *Errore diagnostico e perdita di chance in Cassazione*.

¹⁰ Trib. Genova, 14 aprile 2004.

¹¹ Trib. Bologna, 16 aprile 2004.

¹² Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 323.

¹³ Sempre Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 323, secondo cui si individua nella responsabilità civile un *sottosistema* che è divenuto un *satellite sperimentale di ingegneria sociale* che si allontana definitivamente dal sottosistema penalistico.

Infatti, scendendo la scala dei valori proposta dalla giurisprudenza, si arriva al terzo gradino che accoglie le probabilità che non riescono a dimostrare il nesso con la carenza di risultato, giungendosi al concetto di perdita di *chance*, quale oggetto stesso della lesione, il cui sacrificio priva il soggetto della possibilità di *tentare* di conseguire un esito favorevole¹⁴; in definitiva, non si raggiunge la prova che sostituendo la condotta lecita a quella colposa il paziente si sarebbe salvato o sarebbe guarito, né con credibilità razionale né con il criterio del più probabile che non, ma si risarcisce comunque un danno: quello di aver privato il paziente di *tentare* una cura corretta.

La risarcibilità del danno da perdita di *chance* è arrivata al vaglio positivo della nostra giurisprudenza¹⁵ influenzata da sentenze d'oltralpe¹⁶, le quali hanno suggerito che non si tratta di un espediente finalizzato a risarcire il paziente sia pur in misura ridotta anche in casi di carenza di prova del nesso causale; oggi, la giurisprudenza maggiormente ricevuta è dell'opinione che la perdita di *chance* sia una privazione di una possibilità attuale e non futura, alla quale può esser attribuito un immediato valore, essendo qualificabile come danno emergente.

Nel caso classico di condotta omissiva del medico, perché sussista perdita di *chance* devono emergere determinati presupposti: dobbiamo anzitutto trovarci di fronte al bene salute o vita originariamente in pericolo, altrimenti non avrebbe senso parlare di *chance* di guarigione o di sopravvivenza; v'è poi il requisito a carattere negativo che consiste, come visto, nel mancato raggiungimento della prova della sussistenza del nesso causale tra condotta e carenza di risultato; poi, sul piano dell'elemento soggettivo è necessario ovviamente l'accertamento della colpa del medico e, infine, bisogna dimostrare il nesso causale tra condotta e perdita di *chance*, e dunque che il controfatto avrebbe posto il paziente in condizione di tentare un approccio curativo che gli avrebbe

consentito di guarire o di sopravvivere, anche solo per un certo periodo di tempo maggiore rispetto a quello realizzatosi.

La privazione della *chance* possiede un valore risarcitorio da attribuirsi in via equitativa, che non si deve meccanicamente desumere dalla riduzione proporzionale della liquidazione che si sarebbe ottenuta una volta dimostrato il nesso tra condotta e mancata guarigione. Il problema non è tanto la percentualizzazione, quanto il termine di valutazione al quale riferirsi: tra il secondo ed il terzo scalino (più probabile che non e mera perdita di *chance*) non v'è solo un salto quantitativo ma anche qualitativo, dal momento che dal versante del probabile si passa a quello del possibile, con riferimento, oltretutto e come rilevato, ad un bene diverso seppur orientato verso il medesimo risultato, dal che desumendosi la necessità del ricorso ad un criterio di liquidazione essenzialmente equitativo, sciolto da relazioni pericolosamente immediate.

Oggi il problema non è tanto riconoscere l'esistenza della perdita *chance* e la sua risarcibilità in astratto, ma spostare la ricerca verso i criteri per ritenerla risarcibile e liquidarla; la perdita di *chance* è ad un piano qualitativamente inferiore rispetto al danno da carenza di risultato e se non si segue questa prospettiva si finisce nell'alveo di un misero tentativo di rispondere alle esigenze di *compensation* che provengono dalle vittime alla luce della complessità dei problemi della causalità¹⁷; se, dunque, anche solo se in fase di liquidazione, come sovente accade, non si tiene conto della differenza concettuale tra *chance*/presupposto e *chance*/bene, si riduce il tema relativo all'accertamento del confine valutativo del danno ad una mera operazione matematica, contrabbandando il danno da mancato risultato quale parametro di riferimento.

Se il criterio della certezza, soprattutto in ambito di *medical malpractice*, non può accogliersi pena la

¹⁴ Sulla natura della *chance*, si rinvia a CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle Sezioni Unite penali alle Sezioni Unite civili*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008 fasc. 5, pt. 2, pp. 143 – 163.

¹⁵ Cass., Sez. lav., 19 dicembre 1985, in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, 807; nell'ambito medico si rinvia a Cass. civ., 4 marzo 2004, n. 4400, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 1040, con nota di CITARELLA, *Errore diagnostico e perdita di chance in Cassazione*.

¹⁶ Cour de Cassation, 14 dicembre 1965, in *Juris classeur périodique (J.C.P.)*, 1966, II, 14573.

¹⁷ Trib. Venezia, 25 luglio 2007, in *Danno resp.*, 2008, 56, secondo cui il problema della *chance* più opportunamente può esser affrontato in sede di perimetrazione delle conseguenze risarcibili.

paralisi della tematica relativa al nesso causale, e se è dunque ammesso che oltrepassata una determinata soglia la *chance* consente l'integrazione del nesso causale, garantendo la liquidazione completa, va accettato anche che al di sotto di una determinata soglia la *chance* possa perdere, per il dominio delle possibilità avverse, consistenza sino all'annullamento totale in chiave giuridica delle possibilità; e nell'ambito, invece, della *chance* risarcibile si deve sempre rimanere all'interno dello stretto criterio equita-

tivo, senza pericolose regole percentuali di rapporto con il bene vita o salute; posto, dunque, a valore 100 il bene salute, non è che togliendo *chance* si guarigione nella misura del 20% si debba corrispondere 20, perché non si tratta di un semplice risarcimento comparato, ma di una voce autonoma in quanto nella perdita di *chance* si risarcisce non il mancato risultato, ma solo la perduta possibilità di effettuare un tentativo.