

EDITORIALE

PROBLEMI DELLA COLPA IN TEMA DI RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE DEL MEDICO

È significativo che il tema di questo congresso sia incentrato sulle problematiche degli “insuccessi” in chirurgia della mano, come a volersi pubblicamente riconoscere – e ciò mi sembra un atto di consapevolezza che fa onore agli organizzatori del congresso – che, nonostante i grandi progressi tecnici e lo sforzo di tanti appassionati professionisti, l’arte medica rimane, nonostante tutto, una scienza fallibile (come molti ben sanno e pochi ricordano!).

La ricerca scientifica è costellata di tanti insuccessi che non hanno mai (fortunatamente) interrotto l’impegno, la tenacia, l’ostinazione di molti ai quali si deve in definitiva il progresso raggiunto dal genere umano.

A questi scienziati ostinati, innamorati del loro lavoro, dobbiamo fornire argomenti positivi, parole di solidarietà concreta, invitandoli a rinnovare i loro sforzi, a non sentirsi angustiati dal rischio (oggettivo e reale) di possibili comminatorie d’ogni genere ed in particolare di contenziosi in sede civile e penale.

Non intendo dicendo ciò assolutamente sottovalutare il problema della responsabilità professionale dei medici-chirurghi, ma semmai, con perfetta consapevolezza, delinearne i contorni nei limiti più opportuni e doverosi.

Mi sia consentito tuttavia richiamare un concetto al quale tengo particolarmente: il rischio professionale non penso debba mai intralciare la capacità d’iniziativa, l’intuito e l’abnegazione di tanti sperimentatori che con il loro lavoro ed il loro studio spingono la medicina verso traguardi di progresso.

LA COLPA IN GENERALE: BREVI CENNI

Gli aspetti legali della responsabilità medica non riguardano in modo particolare soltanto l’attività del chirurgo, ma, direi, connotano tutto il comples-

so delle attività che per semplificazione riassumiamo nell’*arte medica*.

A questo argomento sono dedicate pagine e pagine nelle riviste giuridiche, nei trattati e nelle pronunce giurisdizionali: a dimostrazione che si tratta di un tema sempre attuale, fortemente dibattuto e contrastato, che sollecita appassionati dibattiti anche nell’opinione pubblica e nei mass media, per quella naturale sensibilità ed attenzione che si deve ai problemi della salute.

Spesso, a torto o a ragione, l’argomento, trattato senza la dovuta ponderazione ed il necessario approfondimento, induce verso atteggiamenti di forte pregiudizio nei confronti dei medici in generale, finendosi in tal modo per formulare – senza conoscere l’obiettività dei fatti – liquidatori giudizi di condanna.

Non è certo mio intento sostenere in questa sede la strenua difesa della classe medica, né tantomeno sottovalutare le critiche condizioni della sanità pubblica con i suoi ritardi e le sue disfunzioni che sono sotto gli occhi di tutti; vorrei soltanto cercare di rimarcare un dato che mi sembra del tutto elementare: le disfunzioni in materia sanitaria costituiscono per lo più il risultato di scelte complessive che coincidono solo in parte con atti imputabili alla responsabilità esclusiva dei medici.

Anche se, è bene dirlo con fermezza, talvolta il loro grado di coinvolgimento (fortunatamente in casi residuali) sfiora il limite della inadeguatezza professionale che, nella maggior parte dei casi, non è tanto imperizia tecnica, quanto è mera svogliatezza, accomodante e “routinario” approccio con i problemi contingenti.

Ben vengano allora certe clamorose campagne di stampa se si riesce in qualche modo a snidare talune sacche d’inetitudine; purché resti comunque chiaro e saldo nella pubblica opinione un concetto generale: il livello dei servizi sanitari in un Paese dipende non solo dall’impegno dei medici, ma soprattutto, da

quel certo grado di mobilità generale, culturale ed organizzativo, che coinvolge l'interesse delle Istituzioni e sollecita l'impiego di risorse economiche adeguate, in un progetto di ampio respiro che coniuga l'efficienza con la tutela della salute dei cittadini.

Questa anticipazione prima di addentrarmi sul tema della colpa e richiamarne la sua essenza.

Nel linguaggio comune colpa è sinonimo di trascuratezza, disinteresse, disattenzione, scarsa cura degli interessi protetti.

In senso penalistico (art. 43 c.p.) la colpa è l'equivalente della negligenza, dell'imprudenza, dell'imperizia (colpa generica)¹; sotto altro profilo corrisponde all'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline (colpa specifica).

Nel primo caso la trascuratezza (in generale) genera responsabilità tutte le volte che si possa constatare un difetto di solidarietà verso gli altrui interessi nello svolgimento di talune attività umane pericolose; nel secondo caso, invece, la trascuratezza è implicita nella violazione di speciali regole dettate proprio per sventare taluni rischi, che vengono valutati come insiti in molte attività correnti.

Il dato comune in tutte le ipotesi colpose (generiche e specifiche) è rappresentato dalla inosservanza di precauzioni doverose.

In questa constatazione si rinviene la "ratio" della punibilità dell'atto colposo, cioè non voluto (a differenza del dolo): si osserva infatti che gli interessi altrui, a cominciare da quelli primari della vita e dell'incolumità psico-fisica, possono essere pregiudicati non solo da chi agisce con la volontà di lederli (chi agisce con dolo), bensì anche da chi opera comportandosi senza rispettare quelle regole, sia generali ed elementari, dettate dall'esperienza comune e professionale, sia specifiche espressamente previste dalle competenti autorità preposte a tutelare i relativi interessi. Per cui il ricorso alla sanzione punitiva, nella specie di natura penale, ha una funzione sociale ed educativa, rivolta per l'appunto a stimolare la prudenza, l'attenzione, la moderazione, l'equilibrio, il rispetto degli interessi dei consociati.

Per andare esenti da responsabilità il soggetto dovrà rispettare sia le prescrizioni particolari (colpa specifica) che quelle generali (colpa generica): il rispetto delle une non esime da quello delle altre.

Tuttavia con una sostanziale differenza: nella colpa specifica la violazione delle regole comporta una lesione automatica degli interessi protetti; nella colpa generica invece l'addebito comporta un giudizio sulla prevedibilità ed evitabilità dell'evento causato.

Due esempi per chiarire.

Chi circola alla guida di un veicolo e supera i limiti di velocità (posti dal codice della strada proprio a tutela dell'incolumità delle persone) risponderà "automaticamente" dell'investimento di un pedone provocato da quell'eccesso.

Il medico che prescrive un farmaco sbagliando dose nella ricetta risponderà della morte del paziente soltanto se l'evento era non solo prevedibile quanto evitabile.

La complessità dell'attività medica, espressione per lo più in tutte le sue varie fasi (diagnosi, terapia, cura, esecuzione della cura) di scelte discrezionali e tecniche, sfugge ai rigidi parametri della colpa specifica per misurarsi ogni volta – in sede di giudizio penale – con gli attributi della negligenza, dell'imprudenza e dell'imperizia.

Discernere ogni volta, nella sede contenziosa, quale sia il grado di colpa da imputare al medico costituisce operazione estremamente complessa che richiede da parte del giudice conoscenze specifiche che gli consentano di districarsi nella risoluzione (e nella comprensione) di problemi spesso anche molto ardui. Oltre ad una spiccata professionalità ed attitudine, si richiede perciò al giudice il possesso anche di una forte motivazione a comprendere i fatti e di una certa competenza ad analizzarli, considerato il fatto che spetta comunque a lui la decisione definitiva sul merito.

Analoga professionalità è richiesta a tutte le altre parti processuali (pubblico ministero e difensori) impegnate su fronti opposti a sostenere nella maggior parte dei casi opinioni contrastanti e fondate,

¹ "Negligenza" è sinonimo di insufficiente attenzione e ricorre in caso di scarso impegno, dimenticanza, svogliatezza; "imprudenza" è l'equivalente di avventatezza, eccessiva precipitazione, imprevidenza; "imperizia" è deficienza di cultura professionale o di abilità tecnica o di esperienza specifica richieste per l'esercizio di determinate professioni. È da osservare che anche il mancato aggiornamento professionale può concretamente riflettersi sul piano dell'abilità professionale generando comportamenti imperiti.

su elementi di particolare tecnicismo. Ciò giustifica e spiega la presenza nell'agone processuale di esperti (consulenti e periti) in grado di contribuire a dirimere la controversia, seppure entro certi limiti. L'esperienza delle aule giudiziarie mi consente invero di poter affermare che quasi sempre il confronto tra (e con) gli esperti si risolve in contrastati contraddittori che convalidano ancor più la convinzione che la scienza medica sia molto più "aleatoria" di quanto si pensi.

Eppur vero, comunque, che nella stragrande maggioranza dei casi, siccome il semplice atto medico s'interseca con condotte ad esso apparentemente estranee, in sede d'indagini prima e poi in sede processuale, la ricostruzione della vicenda investigata diviene laboriosissima allorquando, ad esempio, si constatano carenze organizzative, disguidi burocratici, difetti di comunicazione, insufficiente tenuta dei documenti clinici ("in primis" le cartelle di ricovero).

Al punto che il processo spesso diviene sovrabbondante e straripante di dati, notizie, informazioni, testimonianze. Con la conseguenza che spesso il processo, da giudizio sulla semplice colpa medica, trasmoda in una vera e propria indagine sull'organizzazione sanitaria.

LA MISURA DELLA COLPA MEDICA

Chiunque svolga una determinata attività deve essere giudicato secondo il metro del "soggetto esperto in tale professione"². Se poi si tratta di un'attività specialistica occorrerà fare riferimento alle cognizioni tecnico-scientifiche ed alle capacità riferite al grado di cultura e professionalità che bisogna presumere nella persona chiamata a svolgere quelle determinate funzioni.

Ne consegue che la colpa, pur essendo un concetto unitario in astratto, va rapportata, ed in con-

creto commisurata, alle condizioni oggettive e soggettive, della persona sottoposta a giudizio.

Ne consegue ulteriormente che il grado di professionalità e competenza richiesto per un medico specialista è sicuramente maggiore rispetto ad un medico generico.

Il parametro di giudizio richiama la disposizione contenuta nell'art. 1176 secondo comma c.c. secondo cui per l'appunto *nell'esercizio di una attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata*.

Senza considerare vieppiù le particolare condizioni oggettive (qualora in concreto sussistano) che abbiano in qualche modo determinato le decisioni e le scelte del medico.

L'urgenza, le condizioni precarie del paziente, l'assenza di strumentazioni, l'impossibilità di avvalersi di personale competente, sono tutte circostanze in grado di condizionare il giudizio sulla colpa.

Tutto ciò in definitiva per dimostrare, se ancora ve ne fosse bisogno, che il giudice non si affida ad astratti parametri, ma tiene conto in concreto di tutti quegli elementi (oggettivi e soggettivi) in grado di "personalizzare" il giudizio sulla condotta.

Giudizio che non potrà fare a meno di considerare anche un aspetto assolutamente non secondario e che corrisponde *alle speciali difficoltà tecniche* affrontate dal medico nel corso della sua attività professionale.

L'art. 2236 c.c. stabilisce invero che *il prestatore d'opera, salvo il caso del dolo e della colpa grave, non risponde dei danni cagionati qualora abbia reso una prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà*.

La norma, lungi dal costituire una disposizione eccezionale, tende a salvaguardare la posizione di quei professionisti i quali, nel cimentarsi in imprese difficili e rischiose, non debbono sentirsi in alcun modo condizionati, ma semmai, incoraggiati. Il "commodus discensus" se rappresenta invero l'alter-

² Giurisprudenza sul punto costante. Per tutte: Cass. Sez. IV 28/4/1994, Archilei secondo cui "La colpa del medico, che è una delle cosiddette colpe speciali o professionali, ... ha come caratteristica l'inosservanza di regole di condotta, le *leges artis*, che hanno per fine la prevenzione del rischio non consentito. La prevedibilità consiste nella possibilità di prevedere l'evento che conseguirebbe al rischio non consentito e deve essere commisurata al parametro del modello di agente, dell'*homo eiusdem professionis et conditionis*, arricchito delle eventuali maggiori conoscenze dell'agente concreto...".

nativa egoisticamente più valida per il professionista, non appare sicuramente rispondente agli interessi generali.

L'art. 2236 c.c., da intendersi circoscritto alle ipotesi di colpa per imperizia, se da una parte conferma il parametro generale di cui all'art. 1176 c.c., dall'altra consente di circoscrivere opportunamente, caso per caso, l'ambito della responsabilità del medico tutte le volte che il giudice possa constatare la presenza di obiettive difficoltà che abbiano in qualche modo pregiudicato l'azione del professionista, pur sollecito e scrupoloso nell'applicazione delle cognizioni generali e fondamentali attinenti alla sua attività.

Si vuole in sostanza dire che la colpa professionale del medico può essere valutata dal giudice con criteri non rigorosi tutte le volte che l'evento venga addebitato al professionista a titolo di imperizia, giacché l'indagine relativa deve tener conto che la patologia è sempre condizionata, nelle sue manifestazioni concrete, dalla individualità biologica del paziente, che i dati nosologici non sono tassativi e che è sempre possibile un errore di apprezzamento dei riscontri clinici, sicché il giudizio diagnostico può con frequenza risultare errato. Se l'errore, però, è frutto di un comportamento negligente che contravviene ai comuni canoni della metodologia clinica, allora il medico risponderà anche della colpa lieve, perché la tutela della salute, che gli viene affidata, gli impone la massima attenzione e la completezza dell'esame obiettivo.³

I PROBLEMI TECNICI DI SPECIALE DIFFICOLTÀ

La "speciale difficoltà" non va intesa in senso assoluto ed astratto, ma occorre tenere conto di tutte le condizioni soggettive ed oggettive che rendono il caso obiettivamente di speciale difficoltà per quel medico in quelle particolari condizioni in cui è chiamato ad intervenire.

La giurisprudenza ha elaborato una certa casistica che non può tuttavia, a mio avviso, essere ritenuta esaustiva.

Così in particolare la situazione di speciale difficoltà è stata ritenuta nelle fattispecie seguenti:

- a) *Presenza di un quadro patologico complesso e passibile di diversificati esiti terapeutici;*
- b) *Particolari situazioni di emergenza che escludano alternative d'attesa (convocazione a consulto di specialisti);*
- c) *Impossibilità di trasferimento in luoghi di cura più attrezzati;*
- d) *Presenza di patologie non ancora adeguatamente studiate o sperimentate;*
- e) *Trattamenti terapeutici non adeguatamente collaudati;*
- f) *Tecniche d'intervento diversificate per scuole.*

Dall'elencazione appare evidente che, in taluni casi, la stessa sperimentazione di innovative tecniche d'intervento chirurgico può offrire in certa misura spazi per una valutazione con minor rigore della responsabilità del professionista, in relazione ad esiti infausti o comunque non del tutto soddisfacenti.

Ciò dipende intanto dal carattere innovativo dell'atto medico; e poi dal fatto che la prestazione professionale, pur resa con le dovute cautele e con ogni necessaria abilità, rimane sempre obbligazione di mezzi e mai di risultato.⁴

Ampia discussione si apre a questo punto per circoscrivere e delimitare l'ambito sperimentale di qualsiasi atto chirurgico, per l'ovvia esigenza d'impedire iniziative del tutto avventate, prive di qualsivoglia presupposto scientifico e comunque non sorrette da adeguata ricerca e preparazione.

Non c'è dubbio tuttavia che se lo sperimentatore è professionista dotato delle indispensabili abilità tecniche; se è persona qualificata nell'ambiente scientifico ed accademico; se è in grado di offrire in

³ La Corte Costituzionale (28/11/1973 n. 166 in Foro It. 1974, I, 19) ha riconosciuto la possibilità che il giudice nella valutazione della colpa professionale attribuisca rilevanza penale soltanto a gradi di colpa particolare, in tal modo ammettendo l'applicabilità dell'art. 2236 c.c. in tema di responsabilità professionale. Su analoghe posizioni è la giurisprudenza prevalente e maggioritaria della Corte di Cassazione (per tutte: Cass. 11/7/1980, De Lilla; 19/2/1981, Desiato; 13/12/1977, Mongrovejo; 2/10/1990, Fonda). Talune sentenze escludono invece l'utilizzabilità di regole civilistiche, proclamando l'autonomia del sistema penale in materia di responsabilità (per tutte: Sez. IV 8/11/1988, Angelli; 18/11/1982, Torre; 19/12/1979, Rocco).

ambiti qualificati e competenti studi approfonditi e completi, v'è certamente quanto basta per apprezzare la sua scelta tecnica nella sua portata innovativa e valutarne i rischi e le oggettive difficoltà.

Quanto detto non esaurisce tuttavia l'argomento degli interventi di tipo sperimentale, ponendosi su un altro piano l'aspetto – pure connesso – dell'accettazione eventuale dei rischi da parte del paziente.

Se infatti è insito, nonostante tutto, in ogni tecnica sperimentale il rischio statistico d'insuccesso, a maggior ragione di quel rischio va dettagliatamente informato il paziente, libero o meno di sottoporsi a quell'intervento e quindi di accettarne ogni conseguenza, anche infausta.

Sono arcinote le problematiche sul *consenso informato* e ad esse doverosamente si fa rinvio, salvo rimarcare che possono presentarsi situazioni concrete in cui l'urgenza d'intervenire, la necessità di salvare l'integrità psico-fisica del paziente, l'impossibilità di acquisire un suo benché minimo atto di

volontà, possono esporre il medico a decisioni, a scelte altamente drammatiche.

In casi siffatti, purché si possa ritenere sussistente una rigorosa proporzione tra il trattamento medico prescelto ed il pericolo derivante dallo stato patologico, ritengo che il professionista debba optare senza indugio alcuno per la soluzione (anche tecnicamente difficile) che sia in grado di restituire il maggior grado di efficienza fisica.

Purché ciò avvenga nella consapevolezza di poter (e saper) affrontare il momento contingente con il più alto grado di preparazione e capacità possibili.

Francesco Gigliotti

Sostituto Procuratore della Repubblica
presso il Tribunale di Parma

⁴ Giurisprudenza costante. Cass. Sez. III 3/12/1997 n. 12252: "L'obbligazione del professionista nei confronti del proprio cliente, anche nel caso d'intervento di chirurgia estetica, è di mezzi onde il chirurgo non risponde del mancato raggiungimento del risultato che il cliente si attendeva...fermo l'obbligo del professionista di prospettare realisticamente le possibilità dell'ottenimento del risultato perseguito"; Cass. Sez. III 25/11/1994 n. 10014: "Nel contratto di prestazione d'opera intellettuale tra il chirurgo ed il paziente, il professionista anche quando l'oggetto della sua prestazione sia solo di mezzi, ha il dovere d'informare il paziente sulla natura dell'intervento...sulle possibilità e probabilità dei risultati conseguibili, sia perché violerebbe, in mancanza, il dovere di comportarsi secondo buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.), sia perché tale informazione è condizione indispensabile per la validità del consenso".