

Articoli/Articles

NUOVE TENDENZE IN TEMA DI
RESPONSABILITA' MEDICA

PAOLA FRATI

IRCSS C. MONDINO, Pavia e IRCSS NEUROMED, Pozzilli, IS

SUMMARY

A MORE OBJECTIVE MEDICAL RESPONSIBILITY

The present severe forensic interpretation about professional responsibility of physicians has two effects, the first inducing an extreme caution in the strategic choice and a loss in the decisional autonomy of the doctor, the second changing the general architecture of the criminal law, because the principle of the objective liability is threatening to be a general principle.

Con il termine di *responsabilità* s'intende genericamente l'attitudine a rispondere delle proprie azioni.

In campo medico, l'incredibile aumento dei procedimenti penali e civili nei confronti degli esercenti di tale professione, è in parte influenzato dall'incalzare del progresso scientifico e risente, soprattutto, dei radicali cambiamenti sociali e culturali che caratterizzano la nostra epoca.

Il rapporto medico-paziente è profondamente mutato: il primo non è più un *amico* a cui affidarsi, bensì solo uno dei termini della relazione medico-malato. Quest'ultimo, oggi, partecipa alle scelte che lo coinvolgono ed il *consenso informato*, che valorizza l'autonomia decisionale del paziente, è divenuto l'ineliminabile *conditio sine qua non* di ogni trattamento sanitario.

Il rischio di condanne per atti compiuti nell'esercizio della professione medica è in forte crescita e la stessa giurisprudenza,

Key words: Medical responsibility - Forensic tendency - Objectivism

negli ultimi anni, è divenuta sempre più rigorosa in materia. Diversamente, in passato, la tendenza della dottrina medico-legale classica era profondamente influenzata da una concezione autoritaria e paternalistica della medicina: il principio di beneficiabilità dominava su quello di reciprocità di diritti e doveri e l'errore medico era guardato con una certa benevolenza, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza¹.

La sua entità veniva, infatti, valutata sulla base dei criteri del buon senso clinico e solo l'errore effettivamente grave, cioè *inammissibile* o *inescusabile*, aveva rilevanza giuridica. L'errore lieve, per la coscienza comune, era connesso alla stessa attività medica, *scienza applicata* e come tale soggetta ad errori, entro certi limiti, determinati dalla imperizia professionale lieve. Inescusabile è, in questo contesto, l'*errore metodologico*, come, ad esempio, il sottoporre un paziente ad un'operazione chirurgica mutilante, senza aver prima formulato una diagnosi probabile, anche in base ai reperti - obbligatori - di analisi istopatologiche e/o radiologiche.

Il giudizio sulla responsabilità medica, che in passato teneva conto esclusivamente del momento esecutivo dell'atto medico e del suo esito, ora, invece, coinvolge anche il processo decisionale ed il rapporto con il paziente, soggetto con piena dignità di libero cittadino, che decide consapevolmente ed autonomamente della sua vita².

Il medico, nell'esercizio della sua professione, è responsabile moralmente e giuridicamente nei confronti del paziente. La responsabilità legale, in particolare modo penale e civile, è quella che ha risentito maggiormente dei cambiamenti sopra evidenziati.

La responsabilità penale del medico

La responsabilità penale del medico ruota intorno a due concetti fondamentali: la *definizione di colpa* per imprudenza, negligenza ed imperizia e quella del *nesso di causalità*, che è l'elemento materiale in virtù del quale l'evento dannoso è riconducibile alla condotta illecita posta in essere dal medico³.

Come già evidenziato precedentemente, in passato la colpa medica era valutata con larghezza di vedute: l'unica colpa rilevante era quella grossolana, dovuta all'ignoranza di quei principi elementari e basilari che ogni buon medico dovrebbe conoscere.

La Cassazione negli anni '50 affermava:

...perché sussista quella particolare forma di imperizia che costituisce l'errore professionale punibile, è necessario che da parte del professionista vi sia stata una notevole violazione della diligenza comune ed elementare appartenente al medio grado di cultura e capacità professionale (...).

Tale atteggiamento *comprensivo* della magistratura era completato dall'applicazione analogica dell'art. 2236 cc. anche in ambito penale. Tale norma prevede che

...se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, il professionista risponde dei danni solo in caso di dolo e colpa grave.

La norma, letta in chiave penalistica, era una sorta di lasciapassare per il sanitario impegnato ad affrontare problemi tecnici di particolare difficoltà, essendo il grado di diligenza da lui esigibile molto attenuato.

Quest'impostazione della responsabilità medica era avallata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione e della stessa Corte Costituzionale, che con la sentenza n. 166 del 28 novembre 1973, pur restringendo l'ambito di applicazione della colpa grave al solo caso dell'*imperizia*, sanciva l'equivalenza dei criteri di valutazione civilistici e penalistici: ciò oggi è completamente superato.

Per l'attuale orientamento giurisprudenziale, infatti, i criteri di valutazione della colpa penale sono profondamente diversi da quelli propri del diritto civile. Il giudice penale, una volta accertata la sussistenza dell'elemento psicologico della colpa, potrà tener conto del maggiore o minor grado della medesima solo ai fini di una attenuazione della pena e non certo per affermare la non esistenza del reato. Oggigiorno, quindi, il medico è responsabile penalmente anche solo per aver commesso il fatto con colpa lieve, non rilevando ai fini della sussistenza del reato in alcun modo la presenza di difficoltà oggettive nell'esecuzione dell'atto medico⁴:

...l'accertamento della colpa professionale del sanitario deve essere valutata con larghezza di vedute e comprensione per la peculiarità dell'esercizio dell'arte medica ma pur sempre nell'ambito dei criteri dettati per l'in-

dividuzione della colpa medesima dall'art. 43 cp. Tale accertamento non può essere effettuato in base al disposto dell'art. 2236 cc. (Cass. pen. sez. 4 sent. 04028 del 12/4/1991).

Lo stesso inasprimento giurisprudenziale emerge dalla puntuale analisi delle sentenze di legittimità e di merito pronunciate sul nesso di causalità.

Il nesso di causalità, ovvero l'anello di congiunzione fra evento lesivo e condotta colposa, per cui quest'ultima è la *conditio sine qua non* del primo, è una delle questioni attualmente più dibattute in ambito penalistico ed anche giuridico teorico⁵.

La lunga e faticosa elaborazione del concetto di *nesso di causalità*, che ha visto dominare la teoria condizionalistica attraverso un confronto serrato con la teoria della causalità umana, si fonda sul confronto del singolo caso con i prodotti delle leggi scientifiche, attraverso il procedimento della sussunzione sotto leggi di copertura. L'evento è tanto più riconducibile alla condotta quanto, se non con certezza, almeno con alta probabilità, quest'ultima è causa del primo.

In ambito medico, quindi, l'elaborazione di protocolli di probabilità precisi e non vaghi, sufficientemente verificati, è indispensabile quanto l'uniformità e la oggettività di giudizio.

Se tali obiettivi sono particolarmente difficili da raggiungere nella causalità per azione, ancora più problemi desta tale analisi nella causalità omissiva. Mentre per la prima vale la formula *se non vi fosse stata l'azione, l'evento non si sarebbe verificato*, la seconda è da intendere: *se ci fosse stata l'azione doverosa, l'evento lesivo non si sarebbe verificato*⁶.

La causalità omissiva, al pari di quella propria dei reati commissivi, deve essere determinata con lo stesso grado d'attendibilità. Ciò che divide le due forme di causalità è solo l'oggetto del giudizio: è condizione *statica* nel primo caso, mentre nell'altro è condizione *dinamica*, come afferma Stella. La tendenza attuale è, invece, quella di ritenere sufficiente la semplice possibilità che l'evento lesivo sia riconducibile alla condotta omissiva per affermare la piena responsabilità medica⁷.

La stessa Corte Suprema a partire dall'inizio degli anni '80 ha gradualmente spostato il momento dell'imputabilità dell'evento dannoso dalla improbabile certezza a quello più realistico della

probabilità, fino a giungere a giustificare la responsabilità sulla base del semplice criterio della possibilità, sconfinando nel campo del mero possibilismo⁸.

Alcune soluzioni giurisprudenziali destano forti perplessità per le loro conseguenze. Il superamento degli schemi della causalità materiale e l'affermazione della teoria dell'aumento del rischio conducono a criteri di verifica del tutto estranei al nostro diritto, nel senso che portano alla semplice valorizzazione della mancata diminuzione del rischio letale:

... in tema di colpa professionale il medico è responsabile non soltanto quando ha cagionato la morte di un soggetto che avvenga immediatamente, ma anche quando si determini la anticipazione dell'evento letale (Cass. pen. sez. 4 sent. 8148 del 5.6.1990).

Tale tendenza giurisprudenziale verrebbe arbitrariamente a modificare i principi basilari del diritto penale, trasformando i reati omissivi in reati di mera condotta, punibili in base alla semplice idoneità a porre in pericolo il bene protetto.

Altrettante critiche ha destato la pronuncia della Corte di Cassazione, con la cosiddetta *sentenza del 30 %*, che ha dichiarato sussistente il nesso causale quando, pur difettando la certezza scientifica, è possibile sostituire questa certezza con il criterio della probabilità anche limitata (nel caso di specie il solo 30 %) (Cass. pen. sez. 4 del 12.7.1992).

L'opera del sanitario è, quindi, causa del decesso, nel senso che, se fosse stata tempestiva e correttamente svolta un'appropriate azione medica, avrebbe avuto serie ed apprezzabili possibilità di successo, tali che la vita del paziente sarebbe stata con una certa probabilità salvata. Tale sentenza, pubblicizzata dalla stampa e decisamente criticata dalla dottrina più autorevole, è fra le pronunce che, negli ultimi anni, hanno maggiormente penalizzato l'iniziativa e l'autonomia decisoria del singolo professionista, timoroso nei confronti dell'esecuzione di un intervento medico dall'esito incerto, che lo esporrebbe a conseguenze penali e civili.

Per accertare il *nesso di causalità* nell'ambito della responsabilità medica è sufficiente, quindi, verificare che l'opera del sanitario avrebbe avuto serie ed apprezzabili possibilità di succes-

so, tali da far ritenere che la vita del paziente sarebbe stata con una certa probabilità salvata.

I vecchi parametri della responsabilità medica sono dunque entrati in crisi, perché dall'errore inescusabile e dalla valutazione della colpa grave e della certezza del nesso di causalità, nei tempi più recenti si è passati all'inesorabile avanzare di principi sconosciuti fino ad ora alla nostra prassi giuridica: la *res ipsa loquitur*, la responsabilità oggettiva, il paradigma dell'aumento del rischio ed altri ancora⁹.

In effetti, la responsabilità professionale, sfuggendo agli elementi basilari del nostro diritto penale quali quello della soggettività e della causalità, risente sempre più del pericolo dell'oggettivazione del comportamento (aumento del rischio) e dell'evento (*re ipsa loquitur*).

La responsabilità civile del medico

Analogo discorso vale per la responsabilità civile, che, a differenza di quella penale, produce conseguenze esclusivamente patrimoniali: essa è, infatti, la diretta conseguenza o di una inadempienza contrattuale o della violazione generale del principio del *neminem laedere*, che vieta di causare ad altri un danno ingiusto¹⁰.

Il medico, nel primo caso, assume le vesti del debitore ed è chiamato a rispondere dell'obbligo di risarcire il paziente qualora non esegua o non esegua esattamente, ovvero con la diligenza esigibile dal buon professionista medio, l'intervento medico. Ovviamente non c'è responsabilità se il medico riesce a provare che il mancato o inesatto adempimento è dovuto a cause a lui non imputabili: caso fortuito o forza maggiore.

Al pari del diritto penale, quello civile, richiede la sussistenza del nesso di causalità fra inadempimento e danno. Anche in sede civile sono considerati validi i principi generali sanciti dagli artt. 40 e 41 cp. Per pacifica e consolidata giurisprudenza, infatti,

*tali disposizioni risultano comuni ad entrambe le discipline (penale e civile) al fine di definire l'esistenza di un nesso eziologico tra l'azione, l'omissione e l'evento*¹¹.

Nel valutare la responsabilità del medico, anche in ambito civilistico, troviamo lo stesso rigore giurisprudenziale prece-

dentemente evidenziato. Si fa largo uso del procedimento presuntivo: cioè per gli interventi chirurgici di routine che non richiedono la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà e per i quali, quindi, il conseguimento del risultato rappresenta la norma, la giurisprudenza prevalente attraverso una presunzione semplice, ritiene l'errore sufficiente di per sé a provare la colpa del professionista.

La non diligente esecuzione dell'atto medico da parte del professionista si ricava, quindi, dall'applicazione indiretta del principio dell'*id quod plerumque accidit*.

Analizzando la sentenza penale cosiddetta del 30%, citata precedentemente, è stato giustamente fatto notare che

*... tanto l'art. 40 cp. quanto gli artt. 2043 e 1223 cc. presuppongono la certezza del nesso causale e non la sua probabilità, pur riconoscendo che l'applicazione rigorosa del criterio di certezza, in rapporto alla costante incertezza dei processi biologici, porterebbe alla impunità e all'esclusione dell'obbligo di risarcimento per episodi di colpa anche grave da parte dei sanitari, onde è ammissibile, anche in sede civile, la sostituzione del criterio di certezza con quello di probabilità*¹².

Si tratta sempre e comunque di un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica.

Il nesso di causalità valutato in termini probabilistici deve comunque riferirsi a elementi di giudizio seri, ragionevoli, apprezzabili che richiamano i concetti di probabilità scientifica, regolarità statistica, regolarità causale.

La responsabilità medica, anche in sede civilistica, risente, quindi, della crescita tecnologica, della spersonalizzazione clinica e del diverso ruolo del malato condizionando sempre più la stessa giurisprudenza che, a fronte di una oggettività di giudizio, preferisce un rapporto simpatetico con il danneggiato-paziente.

La diligenza richiesta al professionista nell'eseguire l'atto medico non è ovviamente quella generica dell'uomo medio, bensì quella specifica del medico di media diligenza. La Corte di Cassazione fa riferimento alla diligenza propria del professionista di preparazione ed attenzione media, sempre e comunque particolarmente regolato ed accorto (Cass. pen. sez. 4 sent. 14446 del 6.11.1990)¹³.

La giurisprudenza si è mostrata rigorosa anche nel riconoscere l'applicabilità dell'art. 2236 cc., circoscrivendola spesso ai soli casi di speciale difficoltà ovvero alla soluzione di problemi ignoti, insoluti o dibattuti nella scienza¹⁴.

In realtà anche interventi ben conosciuti dalla scienza possono nascondere difficoltà non facilmente superabili. Un'operazione chirurgica, apparentemente banale, in fase esecutiva può dimostrarsi particolarmente insidiosa, richiedendo al medico una competenza spesso superiore alla sua oggettiva e specifica preparazione.

I limiti criteriologici della causalità materiale e la cerniera dell'art. 2236 cc., sottoposti all'usura di criteri soggettivi e orientamenti del giudice, sembrano definitivamente superati¹⁵.

Conclusioni

L'orientamento giurisprudenziale attuale, in nome della difesa del supremo bene della vita, è sempre più incline a punire presunti episodi di *malpractice*, solo ipoteticamente influenti ai fini della produzione dell'evento letale.

Concetti maturati da scienze estranee alla Medicina e anche allo stesso diritto minano le basi della concezione classica della responsabilità, valorizzando, a volte anche in modo palesemente arbitrario, le istanze dei malati.

Se è da condividere la nuova impostazione del rapporto medico-paziente, confortata da un coinvolgimento sempre più profondo del malato nelle scelte che riguardano la sua vicenda terapeutica, è invece da condannare un eccessivo rigore nella valutazione degli elementi della responsabilità medica.

La crisi del concetto e dei limiti della responsabilità medica risente sempre più da un lato delle crescenti difficoltà di interpretazione della catena consequenziale tra atto medico e manifestarsi del danno e d'altro lato della possibilità di accertamento a posteriori delle circostanze e dei sintomi. Infatti l'incessante evolvere delle conoscenze mediche a volte è in grado di togliere ogni incertezza ai risultati dell'indagine, che tuttavia può essere costosa o di così difficile attuazione tecnica da non essere di fatto praticata correntemente: ma nel giudizio penale la possibilità diagnostica o terapeutica può essere utilizzata a danno del professionista.

Tale atteggiamento pone l'operatore sanitario di fronte al pericolo della sussistenza di una responsabilità a suo carico solo sulla base di conseguenze lesive legate alle intrinseche pericolosità ed incertezze della professione.

Per non indulgere nella retorica invocando i vecchi valori della prudenza, della diligenza e della capacità professionale potremmo ricordare quanto già raccomandato dal Fineschi ad ogni medico: *il richiamo all'assicurazione obbligatoria si fa ognor più cogente e conclusivo*¹⁶. Ciò pone il professionista medico in condizioni di relativa tranquillità in certi sistemi giudiziari (come in quello USA), non in quello italiano, nel quale il giudizio di responsabilità penale si è spostato al di là del crimine della colpa anche lieve.

BIBLIOGRAFIA E NOTE

- MARTINI P., GABRIELLI M., *Evoluzione dottrinale e giurisprudenziale della responsabilità medica*. Zaccchia 1985; 58:155-160.
- EUSEBI L., *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penal*. Riv. It. Med. Leg. 1995; 17:727-740.
- JADECOLA G., *Il medico e la legge penale*. Padova, Cedam, 1993.
- MANTOVANI F., *La responsabilità medica*. Riv. It. Med. Leg. 1980; 2: 16-29.
- BARNI M., *Il rapporto di causalità materiale in Medicina legale*. Milano, Giuffrè, 1995.
- MAZZA L., *Il nesso di causalità nella responsabilità professionale*. Riv. It. Med. Leg. 1994; 16: 385-405.
- STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*. Milano, Giuffrè, 1990.
- FIORI A., *Il criterio di probabilità della valutazione medico-legale del nesso causale*. Riv. It. Med. Leg. 1991; 13: 29-35.
- FINESCHI V., *Una responsabilità medica sempre più oggettiva nel trend della giurisprudenza italiana*. Zaccchia 1989; 2: 144-150.
- BONVICINI E., *La responsabilità civile*. Milano, Giuffrè, 1971.
- MANTOVANI F., *Manuale di diritto penale*. Padova, Cedam, 1988.
- GIANNINI G., *La questione del nesso causale, la Suprema Corte e la strana regola del ciò che accade nel minor numero dei casi*. Resp. Civ. Prev. 1992; 2: 364-370.
- FARCHIELLI A., *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*. Padova, Cedam, 1960.
- TORLETTI M., MATERA P., *Verso l'annullamento dell'efficacia dell'art. 2236 cc. in tema di responsabilità professionale del medico*. Resp. Civ. Prev. 1991; 56:46-52.
- FINESCHI V., *Res ipsa loquitur: un principio in divenire nella responsabilità medica*. Riv. It. Med. Leg. 1989; 11:419-424.
- FINESCHI V., op. cit. nota 9, p. 150.

Correspondence should be addressed to:
Paola Frati, Via A. Fusco 107- 00136, Roma, I.