

Accertamento della responsabilità penale del medico

SPUNTI DI RIFLESSIONE

Non ci sono statistiche ufficiali, ma si può affermare con certezza che, negli ultimi anni, i processi che vedono Medici, imputati per casi di colpa professionale, sono in costante aumento.

Il tema della responsabilità medica per colpa professionale tiene banco (in dibattiti, convegni e congressi) eppure è certo che la risposta terapeutica nel Sistema Sanitario del nostro Paese è buona, che gli eventi avversi gravi sono pochi, che i casi in cui al processo segua la condanna penale del Medico sono pochissimi.

È verosimile che l'origine del clamore che circonda la colpa medica sia dovuta, in buona parte, alla risonanza mediatica dei casi C.d. di "mala sanità" ma l'interessamento dei media trae motivo anche da ragioni socio-culturali, già oggetto di analisi in molteplici convegni, e che conviene brevemente illustrare.

In primo luogo il rapporto Medico-Paziente.

In passato – come sappiamo – il Medico era l'arbitro indiscusso delle scelte terapeutiche; neppure l'esito infausto poteva costituire motivo per metterne in discussione l'autorità; le scelte erano insindacabili.

Oggi il rapporto Medico-Paziente è – almeno tendenzialmente – paritetico; l'informazione e il consenso del paziente sono divenuti condizioni di legittimità dell'atto medico; le opzioni terapeutiche vanno discusse con il malato per valutare il rapporto costo-benefici; l'esito infausto induce a dubitare della correttezza delle scelte del Medico.

Vi è poi un orientamento socio-culturale di sostanziale rifiuto psicologico della morte.

Questo sentimento nasce dalla convinzione della "onnipotenza della Medicina", enfatizzata dai giornali, da internet e dalle televisioni che danno conto, ogni giorno, dei mirabolanti progressi, capaci di far fronte a tutti i fenomeni patologici.

Una "onnipotenza" nella quale l'uomo moderno si rifugia per placare le sue paure di fronte alla morte.

Ebbene quando la malattia smentisce questa convinzione, quando la Medicina mostra la sua impotenza, il rifiuto della morte (o dell'evento avverso) si traduce nella tendenza ad imputarli all'errore terapeutico. L'incremento dei processi penali per casi di responsabilità medica si riflette sugli aspetti sociali ed economici, che sono stati già più volte messi in luce.

Il processo sconvolge il rapporto Medico-Paziente.

Ciò che prima dell'evento avverso era una "alleanza terapeutica" si tramuta, dopo l'esito infausto, in un conflitto tra il Medico, il Paziente o i suoi familiari.

Gli effetti, sul piano della tutela della salute, sono ben noti.

A fronte del rischio di essere chiamati a rispondere, penalmente e patrimonialmente, di errori terapeutici (presunti o reali che siano) i Medici tendono a rifugiarsi nella C.d. "medicina difensiva". Fanno il possibile per allontanare da sé i casi difficili e problematici indirizzando i pazienti verso altri Medici o in Strutture specialistiche oppure prescrivono batterie di esami diagnostici, a volte di nessuna utilità, ma essenzialmente finalizzati a cautelarsi, nella illusione di prevenire eventuali, future, contestazioni di negligenza o di imperizia. Le ricadute di questi atteggiamenti sul piano dell'efficienza e dei costi del Sistema Sanitario sono conosciute; ma non basta denunciarle, bisogna tenerne conto anche per ripensare il tema della responsabilità medica, delle categorie dogmatiche in cui essa si inquadra, e della realtà sociale in cui opera, oggi, la Medicina.

Causalità e colpa sono le categorie concettuali entro le quali si inquadra il giudizio di responsabilità penale; ma – da più parti – si levano voci che ne denunciano l'inadeguatezza a disciplinare una attività, come la Medicina, socialmente utile, addirittura indispensabile per i beni fondamentali della persona, però intrinsecamente rischiosa.

Sede Legale

Via XX Settembre, 98/E - 00187 Roma
telefono 06 47825272 - fax 06 23328733
e-mail: segreteria@aaroieamac.it

Sede Amministrativa

Via E. Suarez, 12 - 80129 Napoli
tel. 081 5585160 - fax 081 3606204
e-mail: aaroieamac@aaroieamac.it

Website: www.aaroieamac.it
Partita Iva: 07156580636
Codice Fiscale 80062360633

Si sottolinea l'esigenza di una delimitazione dell'area di responsabilità del Medico a fronte di un eccesso di tutela del paziente.

Si propongono soluzioni di tipo "extrasistemico", che tendono a sottrarre al diritto penale la responsabilità medica per collocarla entro il sistema civilistico del risarcimento del danno.

Nei limiti del presente scritto vi sottopongo qualche rapida riflessione. L'accertamento della responsabilità non può mai prescindere dall'accertamento della causa; quindi la condotta del Medico deve porsi in **rapporto di causa ed effetto** con l'evento dannoso.

Senonché la prova di questa necessaria relazione è difficile da conseguire. In campo medico la **causalità** presenta larghi margini di incertezza. In molti casi, specialmente nei comportamenti omissivi, il processo causale, che ha condotto all'esito infausto, è ricostruibile solo in termini ipotetici.

Per esemplificare questa intrinseca difficoltà si riporta un caso, tratto dal vero, ancora "sub iudice". Nel corso di un intervento chirurgico il paziente accusa fibrillazione ventricolare.

L'Anestesista inizia immediatamente le manovre di rianimazione con defibrillazione e attivazione del massaggio cardiaco esterno. Quindi, secondo la sequenza delle linee guida del novembre 2005, irroga una prima scarica di 200 joule seguita da manovre di compressione toracica per due minuti, ancora un ulteriore shock di 200 joule e ripresa del massaggio per altri due minuti, terza scarica di 360 joule e massaggio cardiaco continuo, senza ulteriori shock, fino alla risoluzione dell'arresto e alla ripresa del ritorno sinusale dopo venti minuti di BLS.

Senonché il paziente riporta danni cerebrali irreversibili, con instaurazione di coma vegetativo permanente da encefalopatia post-anossica, e muore a distanza di tempo dopo l'intervento senza mai essere uscito dal coma.

L'anestesista ha operato **una scelta**; dopo tre scariche elettriche, risultate inefficaci, ha privilegiato la **continuità del massaggio**, senza ulteriori shock, discostandosi dalle indicazioni delle linee guida, nella convinzione che il massaggio cardiaco continuo favorisse la conversione della fibrillazione nel ritmo sinusale.

La domanda che si pone è la seguente: vi è rapporto causale tra la condotta dell'Anestesista e l'evento?

In altri termini le ulteriori scariche, se erogate, avrebbero anticipato la ripresa del circolo e consentito, anche dopo i minuti di arresto cardiaco già trascorsi, il recupero delle funzioni neurologiche?

La risposta è difficile; bisogna provare contro il fatto – e cioè contro ciò che è realmente accaduto un avvenimento ipotetico: che le ulteriori scariche avrebbero evitato l'evento dannoso.

E – giova aggiungere – la prova che la condotta omissiva del Medico è stata condizione "sine qua non" dell'evento deve risultare, con certezza al di là di ogni ragionevole dubbio.

Dal caso esemplificato, emerge il dato comune di ogni accertamento del nesso causale nei fatti omissivi: la componente ipotetica predomina su quella descrittiva del processo causale.

Per colmare questa lacuna conoscitiva, relativa al rapporto tra condotta ed evento, la giurisprudenza ha fatto ricorso alle c.d. leggi di copertura; più che leggi scientifiche si tratta di massime di esperienza, ricavate dalla pratica clinica, sostanzialmente di tipo statistico, capaci di spiegare – con un certo grado di probabilità – se l'evento sia conseguenza della condotta del Medico.

Ma – come è noto – la Medicina è una scienza in continua evoluzione, e così il processo penale è diventato il luogo della dialettica anche sulla scienza e sui criteri da applicare nell'accertamento del nesso di causalità. Il ricorso a leggi di copertura ha prodotto un effetto che è sotto gli occhi di tutti; i processi di responsabilità medica si "giocano" oggi, interamente sulla base delle perizie e delle consulenze tecniche.

Ciò ha introdotto nel processo penale elementi di distorsione; i Periti e i Consulenti tecnici vi hanno portato le divisioni e le dispute di Scuola, l'eccesso di scientificizzazione ha praticamente espropriato il Giudice dalla propria decisione. L'incertezza della spiegazione causale di un determinato evento infausto ha prodotto, dopo anni di dibattiti, un mutamento di rotta nella più recente giurisprudenza. I giudizi della Corte di Cassazione, con una sentenza famosa, hanno rivoluzionato il metodo di accertamento del nesso causale. Senza entrare nello specifico di una motivazione estremamente complessa, è stato affermato il principio che in Medicina, per la

Sede Legale

Via XX Settembre, 98/E - 00187 Roma
telefono 06 47825272 - fax 06 23328733
e-mail: segreteria@aaroiemac.it

Sede Amministrativa

Via E. Suarez, 12 - 80129 Napoli
tel. 081 5585160 - fax 081 3606204
e-mail: aaroiemac@aaroiemac.it

Website: www.aaroiemac.it
Partita Iva: 07156580636
Codice Fiscale 80062360633

specificità di ogni caso, per valutare se il danno del paziente sia l'effetto della condotta positiva o omissiva del Medico, bisogna aver riguardo a tutte le **circostanze concrete**.

Il che implica che il Giudice utilizzi un concetto di probabilità che non è più quella statistica (fondata sulla frequenza percentuale dei casi simili) ma quella logica, fondata sulla verifica – anche empirica – di tutti gli elementi di giudizio disponibili.

Si tratta di un grande passo in avanti ma non è una soluzione totalmente appagante, poiché l'incertezza rimane; e il **giudizio controfattuale**, benché assistito da un elevato grado di probabilità, non può mai dirsi oggettivamente certo.

Si sa che i Medici considerano l'evento avverso come un rischio intrinseco nell'attività terapeutica; e vivono il processo penale quasi come una ingiustizia perché il danno del paziente, per la complessità dell'arte medica, è visto come un fatto ineliminabile.

Non sempre è così; non sempre l'evento è una complicanza della malattia, c'è anche l'errore del Medico.

Il margine di incertezza della spiegazione causale non è ragione sufficiente per escludere la responsabilità; se così fosse bisognerebbe praticamente rinunciare allo strumento del processo penale nei casi di colpa professionale del Medico.

Bisogna tenere conto della relatività dei giudizi umani, prendere atto che, nel processo penale, la ricostruzione di un fatto è fondata su criteri di probabilità, che la verità processuale è una scelta tra una pluralità di ipotesi. Se la spiegazione causale di un evento è corroborata, sul piano logico e scientifico, con alto grado di credibilità, ebbene bisogna accettarla.

La **colpa** è l'altro capo-saldo dell'accertamento della responsabilità penale del Medico.

Presupposto della colpa medica è l'esistenza di un complesso di regole che, nel linguaggio medico, sono definite con il termine di "leges artis".

Si tratta di regole ricavate dall'esperienza e dagli studi dei casi clinici, che tendono a obbiettizzarsi, a standardizzare il comportamento del Medico e ad unificarlo in modelli prefissati.

L'effetto di questo processo di omologazione si traduce nella presenza crescente di **protocolli terapeutici e di linee-guida**, nelle quali le conoscenze empiriche della pratica medica assurgono a dignità di regola tecnica e assumono la consistenza di norme, che sono autorevoli per la loro provenienza dalla comunità scientifica.

Ma la Medicina è una scienza in movimento, perennemente aperta, sempre sul punto di superare la regola-base con un'altra.

Questo vuol dire che protocolli e linee-guida non esauriscono le regole tecniche dell'atto medico, che la standardizzazione può costituire, al più, la base di riferimento; ma la lex artis rimane pur sempre flessibile, aperta all'adattamento al caso concreto.

Insomma un deficit di standardizzazione è connotato all'esercizio della Medicina, perché le esigenze terapeutiche sono sempre diverse, da caso a caso, e una regola standardizzata può non essere compatibile con il quadro patologico del paziente, mentre l'inosservanza di quella stessa regola può, in concreto, rivelarsi più efficace.

Da queste premesse possono già trarsi alcune conseguenze sul piano dell'accertamento della responsabilità. Tralascio l'ipotesi in cui l'evento dannoso sia riconducibile ad un atteggiamento soggettivo del medico di negligenza, di superficialità, di avventatezza e mi soffermo su quella tendenza della giurisprudenza che rinviene una sorta di colpa "in re ipso" nel comportamento del Medico che si sia discostato dai protocolli di cura standardizzata, in base al principio (desunto dall'art.43 C.P.) secondo cui la colpa è presunta nei casi di inosservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline. Torniamo, per rimanere nel medesimo esempio, al caso di cui si è parlato in precedenza.

È innegabile che la scelta, di assicurare la continuità del massaggio cardiaco senza ulteriori scariche elettriche, nel tentativo di portare ossigeno al miocardio e ripristinare il circolo coronarico, si discostava dalla cura standardizzata delle linee guida.

Sede Legale

Via XX Settembre, 98/E - 00187 Roma
telefono 06 47825272 - fax 06 23328733
e-mail: segreteria@aaroieamac.it

Sede Amministrativa

Via E. Suarez, 12 - 80129 Napoli
tel. 081 5585160 - fax 081 3606204
e-mail: aaroieamac@aaroieamac.it

Website: www.aaroieamac.it
Partita Iva: 07156580636
Codice Fiscale 80062360633

Ma le linee-guida sono solo raccomandazioni di cui il medico deve valutare la praticabilità nella situazione data; verificare se il contenuto tecnico del "modus operandi", che gli viene consigliato, sia compatibile con il contesto nel quale egli si trova ad agire.

Proprio in ragione della **non vincolabilità** dei protocolli di cura e in funzione delle esigenze di assicurare la terapia più consona al reale stato clinico del paziente, vi è la tendenza ad ammettere che il Medico possa – e debba – discostarsi da essi a seconda delle necessità del caso concreto. Quindi l'orientamento giurisprudenziale della colpa "in re ipso", del rimprovero colposo che si esaurisce nel fatto stesso che è stato omesso l'atto medico, prescritto dalle regole tecniche, appare criticabile; perché si pone in contraddizione con il carattere, aperto e flessibile, della "leges artis".

Il caso suddescritto è emblematico anche sotto altro profilo; ci pone di fronte ancora ad un altro delicato problema: quello **dell'autonomia tecnica** del Medico e della sindacabilità delle sue scelte. **La discrezionalità** del Medico (lo ha confermato, anche di recente, la Corte di Cassazione) trova un solo limite: nel ricorso a pratiche diagnostiche o terapeutiche obsolete, superate, abbandonate, notoriamente inefficaci o dannose o addirittura pericolose, perché non sperimentate ancora nella pratica clinica. Se si ammette che i giudici, attraverso la mediazione dei propri Periti, possano entrare nel merito delle scelte del Medico, scientificamente valide, ed esprimere valutazioni a seconda dell'esito, l'autonomia della Medicina non c'è più, di fatto è finita.

Quindi, per quanto finora detto, l'essenza della colpa medica è nella **inosservanza** di regole, che non sono predeterminate ma sono ricavate dall'esperienza.

L'inosservanza di queste regole deve essere riconducibile ad un atteggiamento psicologico del Medico di negligenza, di imprudenza o di imperizia.

Ma qual è il parametro in base al quale valutare se la condotta del Medico, inosservante delle regole, sia stata improntata a leggerezza, superficialità o incapacità?

La giurisprudenza ha fatto ricorso ad una figura astratta, quella "dell'homo eiusdem professionis et condicionis"; ad un tipo oggettivo di agente-modello che svolga la stessa attività dell'agente reale; e cioè del Medico cui sia stata imputata una colpa professionale.

Il riferimento alla diligenza o alla capacità professionale "dell'homo eiusdem professionis et condicionis" è in funzione di esigere dal Medico un livello di attenzione, di conoscenze e di capacità più elevato di quello medio e di non doverlo adattare alle specifiche attitudini dell'operatore reale; il quale (se così fosse) potrebbe anche non rispondere mai dei propri atti.

Nella applicazione pratica di questo criterio, la giurisprudenza ha, poi, chiarito che se l'agente reale possiede conoscenze e capacità superiori a quelle proprie del tipo di appartenenza, di esse si deve tener conto nella valutazione della misura di diligenza e di perizia da osservare.

Il parametro oggettivo "dell'homo eiusdem professionis et condicionis" costituisce tutt'ora il modello per la valutazione della colpa professionale nel processo penale. E tuttavia esso ha introdotto nel processo un ulteriore elemento di distorsione. Il parametro dell'agente modello si è tradotto, nei fatti, in una dilatazione della responsabilità del Medico.

Infatti il modello, cui fare riferimento, viene costantemente identificato dai Periti (ai quali i Giudici delegano la valutazione tecnica del caso) nel migliore agente possibile.

Quest'uso improprio contrasta con la realtà empirica; perché i Medici, benché sufficientemente bravi e capaci, non sono sempre i "migliori possibili" cosicché la rimproverabilità dell'evento viene assunta sulla base di un raffronto con il modello che, per l'obiettiva sproporzione di capacità, rende inesigibile, in concreto, la possibilità per il Medico di agire in conformità di quanto gli viene richiesto.

È stato acutamente osservato che, in tal modo, l'atto salvifico - impeditivo dell'evento - travalica la stessa possibilità di metterlo in atto; e che, in luogo di assicurare una concretizzazione soggettiva del rimprovero colposo, il parametro dell'agente modello si traduce, per il Medico, in un rischio aggiuntivo di responsabilità.

Nella loro applicazione al campo medico, causalità e colpa, tradizionali categorie del diritto penale, nelle quali

Sede Legale

Via XX Settembre, 98/E - 00187 Roma
telefono 06 47825272 - fax 06 23328733
e-mail: segreteria@aaroieamac.it

Sede Amministrativa

Via E. Suarez, 12 - 80129 Napoli
tel. 081 5585160 - fax 081 3606204
e-mail: aaroieamac@aaroieamac.it

Website: www.aaroieamac.it
Partita Iva: 07156580636
Codice Fiscale 80062360633

si inquadra l'accertamento della responsabilità, mostrano qualche segno di usura.

La classe medica denuncia una eccessiva estensione della responsabilità penale e pone una esigenza di delimitazione nei confronti di una attività umana socialmente utile quale- indiscutibilmente - è la Medicina.

L'attività medica, oggi, è il campo del nuovo sociale, in cui è possibile sperimentare forme nuove di disciplina, più adeguata, meglio di quanto possano fare le tradizionali categorie giuridiche.

Il dibattito è già apertissimo.

Non ho soluzioni da proporre; e se anche le avessi mi guarderei bene dal farle; ci sono voci ben più autorevoli. E tuttavia mi sia consentita un'ultima considerazione.

La responsabilità medica non può essere sottratta al diritto penale.

La tutela di beni fondamentali della persona, quali la vita e la salute, non può essere confinata nel recinto del risarcimento del danno.

La sanzione penale ha una sua specificità; è caratterizzata da una ineliminabile stigmatizzazione della colpevolezza soggettiva dell'autore; e questo deve valere anche nei confronti del Medico, che sia responsabile della morte del paziente.

Non c'è motivo di preoccupazione; i Medici non devono perdere la loro serenità professionale.

Ho ricordato, all'inizio di questo scritto, che i procedimenti penali per colpa medica sono molti, ma le condanne sono pochissime.

Questo ci dice che i Giudici hanno la capacità di distinguere; ed è quanto basta per assicurare la classe medica.

*Giovanni Volpe
già Avvocato Generale
presso la Corte di Appello di Bologna*

Sede Legale

Via XX Settembre, 98/E - 00187 Roma
telefono 06 47825272 - fax 06 23328733
e-mail: segreteria@aaroiemac.it

Sede Amministrativa

Via E. Suarez, 12 - 80129 Napoli
tel. 081 5585160 - fax 081 3606204
e-mail: aaroiemac@aaroiemac.it

Website: www.aaroiemac.it
Partita Iva: 07156580636
Codice Fiscale 80062360633