

Dipartimento di Scienze Anatomiche, Istologiche, Medico-Legali
e dell'Apparato locomotore
della Università di Roma «Sapienza»
Facoltà di Medicina e Farmacia
Dipartimento di Medicina interna e Medicina pubblica della Università di Bari
«Aldo Moro»
Facoltà di Medicina e Chirurgia

PAOLA FRATI
GIANLUCA MONTANARI VERGALLO

MATTEO GULINO
ALESSANDRO DELL'ERBA

L'evoluzione giurisprudenziale in materia di responsabilità professionale medica

Estratto da «ZACCHIA»
Archivio di medicina legale, sociale e criminologica
Anno 83° (Vol. XXVIII della Serie 4ª) - Supplemento
Ottobre-Dicembre 2010

SEU Società Editrice Universo

Dipartimento di Scienze Anatomiche, Istologiche, Medico-Legali
e dell'Apparato locomotore
della Università di Roma «Sapienza»
Facoltà di Medicina e Farmacia
Dipartimento di Medicina interna e Medicina pubblica della Università di Bari
«Aldo Moro»
Facoltà di Medicina e Chirurgia

L'evoluzione giurisprudenziale in materia di responsabilità professionale medica

Paola Frati¹
Gianluca Montanari Vergallo¹

Matteo Gulino²
Alessandro Dell'Erba³

1. – Premessa

L'evoluzione giurisprudenziale in tema di responsabilità professionale medica sottolinea ormai da tempo la progressiva ed inesorabile dicotomia di valutazione presente in ambito civile e in ambito penale. È indubbio che i due ordinamenti contengono delle innegabili differenze di fondo, appartenendo non a caso il primo all'ambito del diritto privato mentre il secondo a quello del diritto pubblico. Il diritto romano ben poneva tale distinzione sul presupposto che vi sono questioni che coinvolgono tutto il popolo mentre altre che interessano solo la sfera limitata di alcuni soggetti. Accanto a tale impostazione di fondo, c'è però da chiedersi se questa rappresenti l'unica motivazione oppure se sia accompagnata in realtà da ragioni di carattere economico-sociale che spingono ormai verso la scelta del risarcimento in sede civile piuttosto che verso esigenze di tutela offerte dal diritto penale.

¹ Dipartimento di scienze anatomiche, istologiche, medico-legali e dell'apparato locomotore, Roma.

² Dottore di ricerca in medicina legale e scienze forensi.

³ Dipartimento di medicina interna e medicina pubblica, Bari.

Quello che è ormai certo è che la giurisprudenza, al di là delle naturali differenze fra i due ordinamenti, dovute come già detto a principi e finalità diverse, si sta allontanando nella valutazione sia dei criteri d'imputazione oggettiva sia soggettiva dell'evento. In proposito è la stessa Corte di Cassazione con la sentenza n. 9471 del 19/5/2004 ad affermare che « la responsabilità civile viene continuamente ripensata sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza come un problema di diritto vivente attraverso il rimodellamento dei presupposti concettuali e applicativi in conformità con le esigenze sociali e individuali proprie delle diverse epoche storiche, alla ricerca dei criteri mediante i quali collocarne i costi presso il danneggiato, ovvero trasferirli in capo ad altri soggetti. Il sistema della responsabilità civile diventa così un'opera d'ingegneria sociale, commissionata quasi interamente agli interpreti».

Tale esigenza ha fatto sí che soprattutto in ambito civile prevalga l'esigenza di ristorare la parte considerata piú debole ovvero il «presunto» danneggiato, con l'ovvia conseguenza che ormai la giurisprudenza ha preso bene le distanze da quell'orientamento del passato che giustificava il possibile errore sostenendo che la colpa del medico deve essere valutata dal giudice con larghezza di vedute e comprensione o che la malattia può manifestarsi in modo non chiaro o ancora che non esistono criteri diagnostici e di cura sicuri. È sempre la Corte di Cassazione con la sentenza poco innanzi citata a rafforzare tale diversità di orientamento rispetto al passato affermando che «...ne consegue l'individuazione di standard di condotta alla luce dei quali le teorie della colpa, del nesso causale e del danno subiscono continui mutamenti rispetto agli archetipi tradizionali sotto il profilo tanto sostanziale quanto probatorio. La colpa medica giunge così a sfiorare, capovolgendo la situazione originaria di protezione speciale del professionista, una dimensione para-oggettiva della responsabilità (o quantomeno una dimensione comunque aggravata) salva la prova, da parte del medico, di aver eseguito la propria prestazione con la dovuta diligenza».

2. – L'onere della prova

Sembra ormai un lontano ricordo la preoccupazione del legislatore di non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso ma anche di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista, così

come ricordato successivamente dalla Corte Costituzionale con la ben conosciuta sentenza n. 166 del 28/11/1973. Del resto tale motivazione che ha portato in passato all'introduzione nel codice civile dell'art. 2236 c.c. è stata superata dalla stessa erosione che la giurisprudenza ha operato nei confronti di tale norma, tanto che ormai la colpa, anche lieve, si presume sussistente ogni volta che venga accertato un risultato peggiorativo delle condizioni del paziente.

L'ambito applicativo di tale norma era stato già fortemente limitato dalla stessa dottrina che nel corso degli anni aveva affermato che le prestazioni dovessero comunque richiedere speciali difficoltà tecniche e muoversi all'interno della perizia ovvero di una colpa qualificata e che soprattutto non era applicabile né in via estensiva né in via analogica al diritto penale dove vige esclusivamente il disposto dell'art. 43 c.p. Il diverso contesto economico-sociale che oggi caratterizza il comparto sanitario ha del resto profondamente influenzato la valutazione della colpa medica in ambito civile producendo un'insanabile frattura con il diritto penale che richiede viceversa un rigore ben maggiore nel suo accertamento.

Tale orientamento trova una propria giustificazione anche nella diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e la sostanziale equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti in causa, come rilevato da attenta dottrina che ha esaminato l'identità di standards delle prove in tutti gli ordinamenti occidentali, con la predetta differenza tra processo civile e penale. Ulteriore divergenza fondamentale, come ricordato dallo Stella, è rappresentata dalla necessità dell'adozione di uno standard probatorio molto «stringente» per il procedimento penale stante «l'altissima posta in gioco (la libertà, la reputazione, il buon nome, la possibilità di vivere tranquillamente con i propri cari, di sfruttare le opportunità di lavoro, ecc.).

L'indiscutibile necessità che il diritto penale conservi intatta la sua forza morale nella comunità fa sì che, tra le due possibilità di errore, venga preferita quella che consente di lasciar libero un colpevole, piuttosto che condannare un innocente; nel processo civile per il risarcimento del danno, invece, la comunità è indifferente sulla scelta dei due tipi di errore e ciò in virtù della diversa posta in gioco: di qui l'opzione per la regola del più probabile che non.

Ulteriore constatazione è che mentre il fulcro del diritto penale è rivolto verso l'autore del reato, sulla cui «accertata» responsabilità (oggettiva e soggettiva) deve essere rapportata la pena, nell'ambito della responsabilità

civile il parametro è rappresentato dalla figura del danneggiato: la misura della responsabilità è offerta dal quantum di danni cagionati al danneggiato. Tali divergenze si concretizzano a livello di regime probatorio nelle profonde differenze che intercorrono fra i due ordinamenti ben rappresentate dal principio penalistico del *in dubio pro reo* e in quello civilistico costituito dal principio della vicinanza della prova e dall'istituto giuridico delle presunzioni.

L'evoluzione giurisprudenziale in ambito civile pur non affrontando direttamente il problema della valutazione della colpa ha sancito recentemente principi che hanno disegnato un regime probatorio particolarmente stringente e severo per il debitore - struttura sanitaria - professionista. In particolare la Corte di Cassazione a Sezioni Unite con alcune sentenze tutte del gennaio 2008 in materia di emotrasfusione ha consolidato quell'orientamento che già da tempo aveva condotto la responsabilità professionale medica sotto l'egida dell'unica fattispecie giuridica della responsabilità contrattuale. Sempre e comunque responsabilità contrattuale, sia per la struttura nella veste del contratto di ospitalità sia per il professionista dipendente del SSN grazie al cosiddetto «contatto sociale» produttivo di veri e propri vincoli contrattuali.

Tale ricostruzione ha portato ad una valutazione autonoma dell'eventuale responsabilità dell'ente, accertabile anche in maniera del tutto indipendente da un'eventuale negligenza del professionista, trovando piuttosto la propria fonte nell'inadempimento delle obbligazioni direttamente imputabili alla struttura. L'applicazione ormai consolidata della responsabilità contrattuale ha prodotto come logica conseguenza l'adozione in materia di riparto dell'onere probatorio dei criteri fissati in materia d'inadempimento e d'inesatto adempimento.

Secondo quanto previsto dall'art. 1218 c.c. «il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

Tale norma è particolarmente severa nei confronti del debitore laddove non di semplice individuazione è la causa a lui non imputabile, determinata da fattori esterni. In dottrina si è anche dubitato di un effettivo ancoraggio di tale disposizione al profilo della colpa, poiché a differenza di quanto previsto dall'art. 1176 che richiede al debitore soltanto una certa misura di sforzo per il soddisfacimento dell'interesse creditorio, qui sembra che si prescinda da tale accertamento. Il debitore sembrerebbe

esentato dall'obbligo di risarcimento solo in presenza dell'impossibilità di realizzare la prestazione in cui si sostanzia il soddisfacimento dell'interesse creditorio, con la conseguenza che un debitore potrebbe non riuscire a dimostrare l'esistenza della medesima nonostante abbia prodotto e lo possa dimostrare lo sforzo richiesto dalla diligenza del buon padre di famiglia.

L'auspicio è che tale accertamento che sembra svincolarsi arbitrariamente dal profilo della colpa, individuando almeno l'assenza di colpa nella valutazione e prevenzione di quei fattori e di quelle situazioni che, individuabili *ex ante* secondo criteri di normale diligenza e perizia, potrebbero incidere ed intervenire sull'andamento del caso clinico talvolta provocando deviazioni rispetto ad un iter (in *thesi*) codificato.

La finalità è così quella di evitare di far ricadere sul medico il rischio della causa ignota, richiedendo non l'individuazione in positivo dell'evento che è stata causa dell'insuccesso ma l'adozione delle cautele necessarie per prevenire ed evitare quanto rientra nella sfera di controllo della competenza e della perizia professionale.

Del resto il regime delle presunzioni che vige nel diritto civile completa l'interpretazione del regime probatorio ormai applicabile e applicato. L'adozione consolidata negli ultimi anni del principio della vicinanza della prova contribuisce inoltre a delineare il quadro particolarmente gravoso già evidenziato. La Corte di Cassazione è ormai solita affermare che in caso di «insuccesso» della prestazione medica l'onere della prova incombe al debitore, dovendosi far riferimento al principio della c.d. «vicinanza alla prova», o di «riferibilità» (1).

La ratio di tale principio come sottolineato anche in dottrina, fa sì che l'onere della prova è da attribuirsi al debitore a motivo della maggiore possibilità, per lo stesso, di documentare quanto rientrante nella sua sfera di dominio, in misura tanto più marcata quanto più l'esecuzione della prestazione consista nell'applicazione di regole tecniche sconosciute al creditore, essendo esse estranee alla comune esperienza e, viceversa, proprie del bagaglio del debitore, come si verifica nell'espletamento di una professione protetta.

In tema di ripartizione dell'onere probatorio, quindi, una volta provati dal paziente la sussistenza e il contenuto del contratto, se la prestazione

(1) Corte di Cassazione, sentenza n. 8826 del 13 aprile 2007

medica non consegue il risultato normalmente ottenibile in relazione alle circostanze concrete del caso, incombe al medico (a fortiori ove si tratti di intervento semplice, o routinario) dare la prova del verificarsi di un evento imprevedibile e non superabile con l'adeguata diligenza. cioè la prova del «fatto impeditivo».

È sempre la Corte di Cassazione a precisare con la sentenza prima ricordata che «in caso di mancata, o inesatta realizzazione della prestazione, incombe sul medico (e sulla struttura) dare la prova che il risultato anomalo, o anormale, rispetto al convenuto esito dell'intervento, o della cura – cioè lo scostamento da una legge di regolarità causale fondata sull'esperienza – è dipeso da evento a loro non imputabile, in quanto non ascrivibile alla condotta assistenziale. Il risultato anomalo deve ravvisarsi non solo quando alla prestazione medica consegua l'aggravamento dello stato morboso, o l'insorgenza di nuova patologia, ma anche quando l'esito risulti caratterizzato da inalterazione rispetto alla situazione che motivava la prestazione».

La Corte di Cassazione precisa inoltre come lo stato d'inalterazione si sostanzia nel mancato miglioramento, costituente oggetto della prestazione cui il medico specialista è tenuto e che il paziente può legittimamente attendersi, quale normale esito della diligente esecuzione della prestazione professionale.

3.- Il nesso di causa

Tale orientamento ormai consolidato in materia d'onere probatorio sembra essere ben distante da quanto affermato diversamente dagli organi giudicanti in ambito penale in occasione dell'accertamento di un altro profilo fondamentale della responsabilità professionale qual è quello relativo alla fattispecie del nesso causale. Infatti, in tale occasione la Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la nota sentenza 30328 dell'11/9/2002 non ha esitato ad affermare che «pretese difficoltà di prova, non possono mai legittimare un'attenuazione del rigore nell'accertamento del nesso di condizionamento necessario e, con essa, una nozione debole della causalità ... che finirebbe per comportare un'abnorme espansione della responsabilità per omesso impedimento dell'evento». Ha inoltre aggiunto che «il giudice pur dovendo accertare ex post che la condotta dell'agente è condizione necessaria del singolo evento lesivo è

impegnato... alla stregua dei comuni canoni di certezza processuale... conducenti ad un giudizio di responsabilità caratterizzato da alto grado di credibilità razionale».

Ed è proprio in materia d'accertamento del nesso causale che si riscontrano le maggiori differenze fra l'ambito penale e quello civile, nonostante la medesima normativa di riferimento. Nel primo caso soprattutto in materia di causalità omissiva la sentenza già citata nota, come sentenza Franzese, ha sottolineato sí l'autonomia dogmatica di tale fattispecie affermando però che ciò non autorizza l'erosione del paradigma condizionalistico. Il metodo condizionale controfattuale è pertanto identico, ponendosi al limite problematiche solo in ambito di concreta verifica processuale.

Permane unitario il modello condizionalistico che però deve essere avvalorato nell'accertamento della connessione causale nella specificità di ciascun caso considerato. L'invito rivolto dalla giurisprudenza è quello di favorire un'indagine giudiziaria che usufruendo delle migliori conoscenze scientifiche del momento, valorizzi un'accurata raccolta e valutazione di tutte le emergenze fattuali disponibili con riferimento allo specifico caso oggetto di giudizio, caratterizzato da un'elevata probabilità logica ovvero da alta credibilità razionale. Come dire che grande attenzione venga riposta nel metodo d'indagine. Lo standard dell'oltre ragionevole dubbio invocato dalla Corte di Cassazione deve quindi, fondarsi sulla solidità della base induttiva e sulla capacità di resistenza dell'ipotesi di accusa rispetto alle ipotesi antagoniste o alternative.

L'orientamento proprio ormai della giurisprudenza civile si discosta notevolmente da quanto ricordato in precedenza. Infatti la Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 516 dell'11/1/2008 nel sostenere l'insufficienza del tradizionale recepimento in sede civile dell'elaborazione penalistica in tema di nesso causale, afferma come esistano due piani differenti di accertamento: il primo volto alla costruzione del fatto idoneo a fondare la responsabilità che ha come riferimento il combinato disposto degli artt. 40 e 41 c.p., rientrante nella cosiddetta causalità materiale; il secondo, proprio della causalità giuridica, finalizzato alla determinazione dell'intero danno cagionato oggetto pertanto dell'obbligazione risarcitoria e rientrante nel disposto dell'art. 1223 c.c. in virtù del quale il risarcimento deve comprendere le perdite che siano conseguenza immediata e diretta del fatto lesivo.

Il metodo d'indagine in ambito civile deve snodarsi quindi su due differenti piani, il primo diretto ad individuare il nesso che intercorre tra

comportamento ed evento affinché possa esistere un responsabilità «strutturale», il secondo volto ad individuare il rapporto evento-danno e, quindi, le singole conseguenze dannose.

4. - Conclusioni

La Corte di Cassazione precisa, inoltre, come i principi generali che regolano la causalità di fatto sono anche in materia civile quelli delineati dagli artt. 40 e 41 c.p. e dalla regolarità causale, in assenza di altre norme dell'ordinamento in tema di nesso eziologico ed integrando essi principi di tipo logico e conformi a massime d'esperienza. Né possono costituire valida obiezione la profonde differenze morfologiche e funzionali tra l'accertamento dell'illecito civile e l'accertamento dell'illecito penale, il primo fondato sull'atipicità dell'illecito, essendo possibili ipotesi di responsabilità oggettiva ed essendo diverso il sistema probatorio. Però, per la Cassazione, è anche altrettanto vero che i principi penalistici vanno adattati alle connotazioni differenti delle fattispecie proprie delle responsabilità civile. Quello che muta realmente è la regola probatoria con profonde divergenze fra il principio penalistico dell'oltre il ragionevole dubbio e quello civilistico della preponderanza dell'evidenza o del più probabile che non.

Forse in conclusione è proprio sul terreno del regime probatorio che si concretizzano le principali differenze fra l'ambito civile e quello penale affermandosi sempre più nel primo caso quella categoria para-oggettiva della responsabilità medica in ambito civile ben lontana dal principio penalistico del *in dubio pro reo*!

Riassunto

FRATI, P. - GULINO, M. - MONTANARI VERGALLO, G. - DELL'ERBA, A.: *L'evoluzione giurisprudenziale in materia di responsabilità professionale medica.*

Gli Autori esaminano attraverso l'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di responsabilità professionale medica le principali divergenze che intercorrono fra l'accertamento della colpa in ambito civile e in ambito penale. Abbandonato, ormai, da tempo qualsiasi atteggiamento di favore da parte degli organi giudicanti nei confronti del professionista, quello che emerge chiaramente è la ricerca nel diritto penale di un accertamento della responsabilità che si fondi su una valutazione il più possibile realmente personalizzata. Diversamente nel diritto

civile sembra prevalere la tendenza a favorire il possibile ristoro del danneggiato. Tali divergenze si riflettono principalmente nell'accertamento del nesso di causa e in materia di onere probatorio. Attraverso l'analisi delle principali sentenze in materia di responsabilità professionale medica, gli Autori concludono che forse proprio sul versante dell'onere probatorio si collocano le maggiori differenze fra i due ordinamenti.