

Il Consiglio Direttivo della Società Italiana di Ortopedia e Traumatologia ha richiesto ai sottoscritti un parere su “l’influenza che avrà in campo ortopedico la recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sul “ragionevole dubbio” negli errori in Medicina”.

Abbiamo anzitutto cercato di afferrare gli elementi innovativi di tale sentenza sia in rapporto ai precedenti giuridici sull’argomento, sia negli aspetti più pratici relativi alla procedura, con particolare riferimento alla nomina dei Consulenti Tecnici d’ufficio.

La nostra analisi ha fruito del parere, spesso contrastante e non sempre chiaro, di avvocati penalisti e di medici-legali.

Dalle affermazioni, incertezze e negazioni riguardanti le metodologie pratiche di identificazione del rapporto di causalità e della rilevanza dei due comma dell’art. 2697 c.c. relativo all’onere della prova, abbiamo tratto le seguenti considerazioni che devono essere intese come del tutto personali. Esse discendono essenzialmente dalla sensazione che la Magistratura proceda in direzione di un atteggiamento sempre più “clinico” nel valutare il contenzioso relativo alla colpa in responsabilità medica.

È un linguaggio che è nostro da sempre, e che sempre saremo pronti ad usare in qualsiasi vertenza che riguardi la clinica, con accresciuta fiducia di essere compresi. Forse, era ora.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE PENALI – SENTENZA 10 LUGLIO – 11 SETTEMBRE 2002 N. 30328: IL PARERE MEDICO-LEGALE DELL’ORTOPEDICO.

L. PERUGIA

G. MARTINI

la massima della sentenza 10 luglio - 11 settembre 2002, n. 30328, espressa dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, viene riportata per esteso al fine di consentire una diretta percezione dei suoi contenuti:

LA MASSIMA

Reati contro la persona – Medico – Responsabilità – Reati omissivi impropri – Principi di diritto – Nesso di causalità – Prova – Coefficiente di probabilità – Credibilità razionale – Giudizio di legittimità – Limiti. (Cp, articoli 40 e 41; Cpp, articoli 192, 530 e 546; disposizioni di attuazione del Cpp, articolo 173).

“In ordine al problema dell’accertamento del rapporto di causalità, con particolare riguardo alla categoria dei reati omissivi impropri e allo specifico settore dell’attività medico-chirurgica, devono essere enunciati i seguenti principi di diritto: a) il nesso causale può essere ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica – universale o statistica – si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell’evento hic et nunc, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva; b) non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell’ipotesi accusatoria sull’esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificare la validità nel caso concreto,

sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica"; c) l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio. Alla Corte di Cassazione, infine, quale giudice di legittimità, è assegnato il compito di controllare retrospettivamente la razionalità delle argomentazioni giustificative – la cosiddetta giustificazione esterna della decisione inerenti ai dati empirici assunti dal giudice di merito come elementi di prova, alle inferenze formulate in base a essi e ai criteri che sostengono le conclusioni”.

Preliminarmente, per facilitare la piena valutazione dei termini espressi occorre considerare alcuni dati di fatto:

- commissione ed omissioni rappresentano le due corsie di una stessa strada, percorribile con le stesse difficoltà e con uguali rischi di sbandamento giurisprudenziali e procedurali;
- è assurdo ricorrere a percentuali probabilistiche nella previsione di eventi che, in quanto dotati di prevedibilità e quindi di incertezza, non possono in alcun modo essere alla base di una sentenza perentoriamente affermativa riguardo la certezza di sussistenza di un reato; quanto precede discende da una sentenza che viene parimenti riportata come esempio di colpevolizzazione probabilistica.

- *Cass. Sez. 4 Sent. 00371 del 17/01/92 (Ud. 12/7/91)*

“In tema di responsabilità per colpa professionale del medico, nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta dell'imputato e l'evento, al criterio della certezza degli effetti della condotta, si può sostituire quello della probabilità, anche limitata, di tali effetti e dell'idoneità della condotta a produrli. Ne consegue che il rapporto di causalità sussiste anche quando l'opera del sanitario, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto non già la certezza, bensì soltanto serie ed apprezzabili possibilità di successo, tali che la vita del paziente sarebbe stata, con una certa probabilità, salvata. (Fattispecie in tema di omicidio colposo per tardiva diagnosi di infezione tetanica in donna sottoposta a taglio cesareo. La Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso contro la sentenza di condanna che aveva ritenuto il nesso causale tra la condotta omissiva e l'evento, sussistendo la probabilità del 30 per cento che un corretto e tempestivo intervento medico avrebbe avuto un esito positivo).”

- la variabilità biologica di un individuo, e le incognite sempre possibili di un processo morboso “in itinere”, sono ben note ai clinici e non altrettanto ai Magistrati e, talora, ai medici-legali.
- La sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione penale deve quindi essere interpretata in modo decisamente favorevole dai Clinici specialisti per due serie di ragioni che vengono successivamente esposte.

1) Nell'ipotesi di causalità omissiva, occorre stabilire che, qualora, l'omissione di accertamenti e/o di cure non si fosse avvenuta, l'esito clinico negativo non si sarebbe verificato come conseguenza certa e diretta, oppure che sarebbe occorso in epoca notevolmente successiva, od anche con limitate conseguenze.

In altre parole, l'imputabilità di un reato per colpa professionale ad un medico non può sussistere se non in caso di certezza diretta ed inequivocabile della capacità lesiva derivata dalla omissione.

Il criterio di certezza viene quindi a sostituire quello di probabilità che in un recente passato ha indotto a rivendicazioni possibilistiche ancor più che probabilistiche.

La sentenza in esame, ha come oggetto il caso del decesso di un malato nel quale, secondo l'accusa, l'assenza o la sottovalutazione di dati clinici avrebbe determinato l'esito infausto altrimenti evitabile.

È comunque mancata, nell'impianto accusatorio, l'obbligazione probatoria che tale esito non sarebbe certamente occorso, ove una corretta esecuzione ed una adeguata interpretazione dei protocolli clinici avesse reso possibili trattamenti positivamente risolutivi, sempre in via d'ipotesi.

Le Sezioni Unite hanno puntualmente verificato l'aleatorietà del rapporto causale fra omissione e l'esito mortale correttamente interpretato come fatto successivo, ma non sicuramente derivante dai fatti omissivi. Se questi infatti non si fossero realizzati, non è dimostrabile che il processo morboso non avrebbe provocato lo stesso esito "vi propria", per intrinseca capacità evolutiva e patogena.

Nel caso delle complicazioni più frequenti e tenute in Ortopedia e Traumatologia, può essere citata la trombosi venosa profonda come causa di embolia. Un trattamento profilattico eparinico omesso, o ritenuto quantitativamente o cronologicamente inadeguato, è frequentemente stato considerato causa unica e diretta della determinazione della embolizzazione e delle sue conseguenze.

In rapporto al più recente orientamento giurisprudenziale, incombe all'accusa l'onere di provare, ed al Magistrato quello di considerare:

- a) l'evidenza clinica di quei fattori di rischio specifico che sono riportati nella letteratura ortopedica e traumatologica come fattori di possibilità e non di certezza nella realizzazione di trombosi venosa profonda;
- b) la determinante validità dell'eparina, nei tempi e nelle quantità nei quali sia stata somministrata, nell'evitare la malattia trombo-embolica, frequentemente già in fase latente e non sempre controllabile farmacologicamente;
- c) la correlazione cronologica fra il trattamento farmacologico e fisico e la data di formazione del processo trombo-embolico, spesso reperibile in fase autoptica, al fine di dimostrare l'autonoma contemporaneità.

Ancor più esemplificativo appare il caso nel quale è stata imputata ad un collega l'omessa identificazione di un angioma vertebrale nel corpo di una vertebra dorsale, assolutamente privo di una sintomatologia ad esso specifica, nel corso di trattamento chirurgico di ernia discale lombo-sacrale sintomatica, identificata e correttamente asportata.

L'evento lesivo consistito in emorragia nel canale midollare dorsale, alla luce della recente sentenza, non sarebbe stato dimostrabilmente correlato alla discectomia lombo-sacrale accertata con rigore clinico in rapporto ai sintomi dimostrati, mentre l'angioma vertebrale dorsale ha rappresentato nella fase diagnostica una potenzialità non evidente e non una causa di ragionevole dubbio clinico, proprio perché inapparente.

Lo stesso percorso interpretativo può essere applicato in quei difetti di risultato non direttamente ed esclusivamente causati da attività medica, ma da altri fattori intercorrenti e concorrenti.

Ne sono esempio le difficoltà tecniche che possono verificarsi in interventi di sostituzione protesica, una non valutabile insufficienza strutturale dei tessuti sede di intervento, o, più frequentemente di quanto non appaia, una mancata osservanza del malato delle prescrizioni mediche ricevute.

-2) Un altro aspetto di carattere più strettamente procedurale è rappresentato, a nostro avviso, dalla necessità di dimostrare che “la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria all’evento lesivo con altro o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica”.

La condotta del medico in ambito specialistico comprende l’analisi diagnostica, il trattamento, frequentemente chirurgico, e la verifica che conclude il percorso clinico.

Questi elementi sono caratteristici per ogni Specialità e rientrano nel codice tecnico-deontologico delle “leges artis”, connotato da una estrema e variabile specificità, dimostrata dalla continua evoluzione di conoscenze, comportamenti e tecniche.

È quindi inevitabile che il consulente tecnico del Magistrato rivesta un’adeguata capacità di “experitus”, cioè di professionista dotato di esperienza specifica e personale nella materia oggetto di analisi.

La SIOT si è da tempo fatta interprete dell’assoluta necessità che siano ortopedici i periti che meglio possano far comprendere al Giudice, in qualità di “peritus peritorum”, i complessi problemi interpretativi che caratterizzano la patologia ortopedica e traumatologica.

Questo criterio viene ora avvalorato dall’esigenza di certezza nel rapporto di causalità espressa nella sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Per valutare la sussistenza ed il grado di lesività di un comportamento omissivo o commissivo, occorre in definitiva conoscere direttamente le intrinseche potenzialità patogene dell’affezione in causa e delle possibili correlazioni di questa con processi morbosi coincidenti o concorrenti.

Lo specialista ortopedico dovrà inoltre dimostrare le massime prudenza e diligenza nell’espone nelle sedi congressuali e nei mezzi di comunicazione i reali risultati, nelle luci e nelle ombre, che siano conseguibili in modo da evitare promesse non realistiche ed alimentare infondate speranze.

La correttezza comportamentale del professionista genera la sua credibilità in campo giuridico, e ad ambedue la sentenza in esame correttamente richiede di dimostrare le possibilità, i rischi e le complicazioni nell’attività medico-chirurgica a livello specialistico ed, in rapporto alla dottrina corrente, il loro grado di incidenza causale nella determinazione del risultato.

Un’accurata ed esperta analisi dei fattori che, “in eligendo” ed “in negligendo”, abbiano, con credibilità razionale e con probabilità logica, causato un esito oggetto d’indagini non può essere condotta con riferimenti probabilistici astrattamente espressi da dati statistici, ma con uno studio diretto del caso concreto effettuato con metodologica rigorosamente clinica.