

## IL RAGIONEVOLE DUBBIO

Prof. Luigi Ricciardi \*

dott. Alberto Ricciardi \*\*

*Una recente sentenza (27/02/02) delle Sezioni Unite sancisce che se è vero che la salute è un bene primario e un diritto inviolabile, la delicatezza dell'argomento non deve indurre a tentazioni giustizialiste nei confronti dei medici, per cui nei casi in cui si riscontrerà l'insufficienza, la contraddittorietà, l'incertezza della prove della responsabilità del sanitario, quando cioè esiste anche solo un ragionevole dubbio circa il ruolo determinante della condotta del sanitario ai fini del decesso o del danno provocato al paziente allora il processo dovrà chiudersi con una assoluzione.*

Questa sentenza fa seguito a precedenti pronunce, alcune piuttosto severe e poco discriminanti, come la sentenza n. 4320 del 1983 che sancisce “quando è in gioco la vita umana” è sufficiente dimostrare che l'intervento medico mancato (o eseguito in modo scorretto) avrebbe avuto anche solo “poche probabilità di successo” per condannare il professionista. Pronuncia meno severa è quella emanata nel 1992 che sentenzia che per decretare colpevolezza del sanitario che omette una prestazione professionale, bisogna dimostrare che essa avrebbe avuto “serie ed apprezzabili probabilità di successo” fissando una precisa soglia statistica inizialmente individuata nel 30% e successivamente elevata al 50% e poi al 75%. Atteggiamento invece più garantista è quello emerso in alcune sentenze pronunciate nel 2000 le n. 1688, 2139, 2123, in cui si affermava che si può incolpare il medico solo quando il giudice abbia accertato che “probabilità vicino alla certezza e prossima al 100%” il danno al paziente sarebbe stato evitato ove il sanitario fosse intervenuto più prontamente e in modo più appropriato”.

Successive sentenze emanate nel 2001 hanno rivisto in una serie di decisioni questo atteggiamento estremamente garantista considerando inopportuno in materia di colpa medica e con particolare riferimento ai comportamenti omissivi ricorrere a parametri aritmetici in termini di probabilità di sopravvivenza.

\*Primario Ortopedico fuori ruolo    \*\*Ricercatore Confermato Università di Trieste

Ricordo alcune norme vigenti in tema di colpa professionale.

Il reato è colposo (art. 43 cod. Pen.) quando l'evento, anche se previsto, non è voluto dall'agente e si verifica per imprudenza o imperizia o per inosservanza di leggi regolamenti o discipline.

E' colpa generica quella che attiene alla inosservanza delle tre predette regole di condotta e cioè: negligenza che è sinonimo di trascuratezza, di insufficiente attenzione, di scarso impegno, di superficialità; imprudenza che significa avventatezza, eccessiva precipitazione; imperizia che significa deficienza culturale, di abilità tecnica, di esperienza specifica (M.Bilancetti).

E' colpa specifica quella dovuta ad inosservanza non delle regole di comune esperienza bensì alla inosservanza di specifiche disposizioni (leggi, regolamenti, ordini o discipline) di provenienza sia dell'autorità pubblica sia da quella privata (per esempio infezioni operatorie per cattiva gestione della sterilità del campo o ambientale o non adeguata e attinente somministrazione di antibiotici).

E' stato posto anche il problema se a integrare il reato colposo sia sufficiente dimostrare la violazione di dette regole qualificanti la colpa generica o specifica oppure anche occorra integrare tale condotta con la prevedibilità e la prevenibilità dell'evento. Prevedibile è l'evento che può essere immaginato che accada anticipatamente, mentre prevenibile è l'evento che può essere prevenuto e cioè impedito che accada e quindi eliminato prima del suo verificarsi (infezione prevedibile in una frattura esposta e prevenibile con adeguato trattamento antibiotico profilattico – profilassi chirurgica antimicrobica (PCA) pre, intra e post operatoria- o mirato e quindi trattamento terapeutico specifico dopo eventuale isolamento del germe).

Il rispetto pertanto delle cautele dettate per prevenire la colpa generica o specifica esonera il medico da responsabilità nel caso che l'evento dannoso ugualmente si verifichi nonostante le corrette procedure dell'intervento dal punto di vista tecnico e della corretta sterilità ambientale e strumentale.

Se l'intervento operatorio è di facile esecuzione e il rischio di insuccesso è minimo, l'esito negativo può derivare dal sopravvenire di eventi imprevisti e imprevedibili secondo l'ordinaria diligenza professionale oppure per l'esistenza di condizioni fisiche del cliente non accertabili, allora è il medico che deve provare e dimostrare che l'esito negativo non è ascrivibile a negligenza o imperizia ma che è riferibile a concausa sopravvenuta non prevedibile .

Le concause sopravvenute (quelle, cioè, che hanno dignità autonoma) possono escludere il rapporto di causalità quando sono da sole sufficienti a determinare l'evento, in questo caso la causa sopravvenuta è causa unica dell'evento e non ha i caratteri della concausa perché non concorre con altro elemento causale nel determinismo del danno.

Se al contrario l'intervento è di difficile esecuzione, il medico ha l'obbligo di dimostrare la natura complessa dell'operazione ed a sua volta il paziente ha l'onere di provare quali siano state le modalità di esecuzione che ha ritenuto inadeguate.

In casi di gravità eccezionale di una frattura va dimostrato dal sanitario che il trattamento è stato eseguito con diligenza professionale con corretta scelta del mezzo di sintesi e secondo i canoni della disciplina ortopedica ed un eventuale risultato non ottimale può essere attribuito alla eccezionalità o complessità della lesione.

Vi sono manifestazioni cliniche che comportano soluzioni di problemi di particolare difficoltà come per esempio:

- malattie e sintomi che presentano manifestazioni soggettive ed obiettive equivocate
- incertezza eziologica dei sintomi
- patologie con presenza di rischi contrapposti (rischio di tromboembolia associato a rischio emorragico in politraumatizzato)
- patologie particolari non adeguatamente studiate scientificamente e con indicazioni diverse nelle varie Scuole
- impossibilità di trasferimento, per condizioni generali allarmanti e con pericolo di vita di un grave politraumatizzato soccorso e trasportato in un ospedale non adeguatamente

attrezzato, nei Trauma Center, per carenza territoriale di tali strutture e della indispensabile organizzazione e gestione del soccorso e del trasporto del ferito grave.

In questi frangenti il medico dovrà rispondere solo in caso di accertata imperizia.

Non si può giudicare alla stessa stregua la condotta di un medico che ha operato in un Centro ben attrezzato rispetto a quello che ha operato in condizioni difficili. Inoltre sarà diversamente valutata la condotta di chi ha operato con calma e ponderazione rispetto a chi è stato costretto dall'urgenza ad adottare decisioni affrettate per cui la responsabilità va valutata con criterio correlato alle oggettive difficoltà incontrate.

Nella rivista Cassazione Penale 1996 pag. 1835 si legge: *“In materia di reati colposi ...l'errore del medico...può essere valutato sulla base dell'art. 2236 C.C. vale a dire della colpa grave solo se il caso imponga la soluzione di particolari problemi diagnostici e terapeutici in presenza di quadri patologici complessi e possibili di diversificati esiti terapeutici e quando l'agire impedisca metodi alternativi (consulti, trasferimenti)”. Diversamente quando il caso “non implichi la soluzione di particolari problemi tecnici così come quando sia contestata colpa generica (negligenza, imprudenza), i canoni valutativi della condotta sono quelli adottati nel campo della responsabilità penale per danni cagionati alla vita o alla integrità della persona art. 43 C.P.)”*

Quando esistono per una determinata patologia indicazioni eterogenee nell'ambito della disciplina, quando il dibattito è aperto per quanto attiene alle indicazioni di cura, allora il sanitario dovrà fare la sua scelta che se conforme alla sua cultura e preparazione, per cui in caso di insuccesso non può essere censurabile.

In un caso di decesso per tromboembolia in un politraumatizzato di 62 anni il Giudice ha così motivato l'assoluzione *“Il rischio emorragico non si può dire inesistente o quasi del tutto trascurabile a fronte del contrapposto rischio trombotico originato dalla frattura di rotula. Vi erano opinioni in un senso o nell'altro entrambe giustificate sulla base della cultura medica e della profilassi all'epoca conosciuta e applicata (il prodotto eparinico a basso peso molecolare che poteva*

*ridurre l'effetto emorragico indesiderato, non era ancora entrato nell'uso corrente) ma nessuna escludente la validità delle altre in assoluto ancorché i due rischi contrapposti fossero difficilmente obiettabili. Sulla base di queste considerazioni si impone la formula assolutoria perché il fatto non costituisce reato per la ragione che non vi è la prova che gli stessi (sanitari) siano incorsi in colpa per imperizia professionale tenuto conto altresì della complessità della riferita situazione (M.Bilancetti. La Responsabilità Civile e Penale del medico. Pag.411).”*

In questi ultimi tempi si riscontra un costante aumento dei processi penali di responsabilità medica ed il medico accusato si trova esposto all'incubo del processo con notevoli ripercussioni nell'attività professionale pubblica e privata, nelle relazioni sociali e familiari e una eventuale assoluzione passa il più delle volte sotto silenzio.

Tutto questo comporta demotivizzazione del sanitario, da cui “*commodus discessus*” che significa giusta separazione da responsabilità, “*alternativa egoisticamente più valida per il professionista ma non certo rispondente all'interesse del paziente.*”

A causa del costante contenzioso giudiziario contro i medici è nata da tempo negli USA la “*Medicina Difensiva*” nuova specialità che si sta diffondendo anche in Europa e che ha due aspetti: uno positivo quando vengono prescritti trattamenti obiettabili ad eliminare se non ridurre le accuse di “*mal-practice*” e uno negativo quando vengono evitati interventi a rischio.

Ricordo che una sentenza (Corte di Cass. Sez. Un. 6-5-71 numero 1282, Foro Italiano 1971,1,1476) indicava che la regola limitatrice della responsabilità del sanitario per lesioni in soli casi di colpa grave in campo Civile, ha trovato applicazioni persino in campo Penale.

Se da un lato bisogna riconoscere il diritto del malato di essere bene curato, bisogna evitare pericolose strumentalizzazioni spesso motivate da ragioni esclusivamente patrimoniali.

Chi accusa deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento e dimostrare che il cattivo risultato è conseguenza certa, incontestabile e sicura, di colpa generica o specifica del sanitario: “*onus probandi incumbit ei qui dicit*” (art. 2697 C.C.).

Il creditore (il paziente) oltre al danno subito, deve dimostrare che questo è conseguenza di una condotta colposa e cioè che è stato cagionato da insufficiente attività del medico, da difettosa esecuzione dell'intervento, da errata diagnosi o terapia e cioè che il danno poteva essere evitato.

Però *“non ci si deve ancorare ad un formalismo astratto nell'applicazione del principio dell'onere della prova, limitandosi a giudicare sulla sola base degli elementi probatori della colpa medica che il paziente (o chi per lui) ha potuto offrire, onere probatorio che risulta condizionato dal criterio presuntivo offerto al Giudice dall'articolo 2729 C.C. (M. Bilancetti)”*.

In Giurisprudenza vi sono alcune forme di presunzione: la presunzione legale si verifica quando la legge stessa indica le conseguenze che si dovrebbero trarre in via induttiva delle prove di determinati fatti; la presunzione è definita assoluta se non si ammettono prove contrarie; la presunzione relativa è quella che dispensa dalle prove coloro cui giovano ma che possono essere superate da prove contrarie da parte di chi ha interesse a contestarle; le presunzioni semplici non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del Giudice, *“il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti (M. Bilancetti)”*.

Il cattivo risultato può dipendere dall'eseguire un intervento senza premunirsi di tutti i dati tecnici necessari per eseguirlo o dall'aver assunto l'incarico di eseguirlo senza essere all'altezza dell'atto chirurgico, (quest'ultima è definita, appunto, colpa per assunzione). E' suscettibile pertanto di colpa professionale un ortopedico che interviene in una grave menomazione ortopedica o traumatica di un particolare distretto anatomico (spalla, ginocchio, piede, colonna, ecc.) senza averne specifica e riconosciuta esperienza.

Anche errori diagnostici certi, come per esempio scadente lettura di radiografie o radiografie inappropriate o scadenti, incompleti esami di laboratorio, non rivolgersi a specialisti competenti, errori prognostici o terapeutici, possono giustificare il reato di colpa definita causalità omissiva da mancato impedimento dell'evento. Si definisce causalità omissiva colposa un grave errore diagnostico o terapeutico produttivo di

per se dell'evento lesivo. Si definisce condotta eterogenea e interagente in parte attiva ed in parte omissiva la mancata attivazione di condizioni negative o impeditive.

Condotta omissiva è stata l'imputazione di accusa contro un chirurgo accusato di omicidio colposo per negligenza e imperizia, accusa che ha dato luogo ad una serie di dibattiti processuali in tema di Diritto che sinteticamente riportiamo:

Il Pretore di Napoli con sentenza 28-4-99 condanna un chirurgo di reato di omicidio colposo per avere determinato l'insorgenza di una sepsi addominale da "clostridium septicum" che cagionava il 22-4-93 la morte di un paziente operato in urgenza qualche giorno prima per perforazione ileale e poi dimesso guarito. Pena inflitta: otto mesi di reclusione più settanta milioni a titolo provvisorio a favore di parte civile.

Il Giudice di 1° riteneva fondata l'ipotesi accusatoria per omissione di una corretta diagnosi dopo l'operazione e durante il periodo di ricovero, omettendo per negligenza e imperizia di valutare i risultati degli esami ematologici che avevano evidenziato una marcata neutropenia e uno stato di grave immunodeficienza e di curare la allarmante granulocitopenia con terapie mirate alla copertura degli anaerobi a livello intestinale, autorizzando anzi l'ingiustificata dimissione del paziente giudicato in via di guarigione.

La Corte di Appello di Napoli, con sentenza 14-6-2000 confermava la sentenza di 1° ritenendo il chirurgo responsabile di omissione colposa.

Avverso tale decisione i difensori hanno ricorso per Cassazione perché...non era certo né altamente probabile...che gli ipotetici interventi medici, asseritamente omessi, sarebbero stati idonei ad impedire lo sviluppo dell'infezione locale ed ad assicurare la sopravvivenza.

La quarta sezione della Corte di Cassazione con ordinanza 7\2,16-4-2002 rimette il ricorso alle Sezioni Unite sul rilievo della esistenza di un ormai contrasto interpretativo all'interno di detta sezione in ordine alla ricostruzione del nesso causale tra condotta omissiva ed evento con particolare riguardo alla materia della responsabilità professionale. Al più recente orientamento secondo il quale è richiesta la prova che un diverso

comportamento dell' agente avrebbe impedito l'evento con elevato grado di probabilità "prossimo alla certezza" e cioè in una percentuale di casi "prossima a cento", si contrappone l'indirizzo maggioritario che ritiene sufficiente "serie ed apprezzabili probabilità di successo" per l'impedimento dell'evento.

La Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite dopo una lunga dissertazione su principi di legittimità in tema di Diritto, arriva a concludere che escluse l'interferenza di decorsi alternativi, la condotta omissiva dell'imputato, alla luce della cornice nomologica e dei fatti ontologici, è stata condizione "necessaria" dell'evento, attribuibile perciò all'agente come fatto proprio. "Ex adverso" l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza probatoria, quindi il plausibile e il ragionevole dubbio, fondato su specifici argomenti che in base all'evidenza disponibile lo avvalorino nel caso concreto, in ordine ai meccanismi sinergici dei plurimi antecedenti, perciò nella reale efficacia condizionante della singola condotta omissiva all'interno della rete di causazione non può non comportare la neutralizzazione della ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio stabilito dall'art. 530 comma 2 c.p.p., secondo il canone di garanzia "in dubio pro reo". E non viceversa la disarticolazione del concetto di causa penalmente rilevante che, per tale via, finirebbe per regredire ad una contraddittoria nozione di "necessità" graduabile in coefficienti numerici.

In ordine al problema dell'accertamento del rapporto di causalità, con particolare riguardo alla categoria dei reati omissivi impropri ed allo specifico settore dell'attività medico chirurgica, sono state enunciate, dalle Sez. Unite, ai sensi dell'art. 173n. att.c.p.p., alcune Considerazioni in Diritto in merito sempre alla causa per omicidio colposo con responsabilità del chirurgo operatore ora ricordata e conclusasi con il riconoscimento della condotta omissiva dell'operatore, riporto di seguito solo alcuni stralci, attinenti al ragionevole dubbio, che riteniamo più comprensibili al medico tralasciando tutte le altre sofisticate argomentazioni che sono state oggetto di dibattito:

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 a 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 del 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.

Una proposta vorrei fare a questo punto al nostro Presidente SIOT e cioè di organizzare riunioni congressuali obiettivate alla discussione e al dibattito su particolari e specifiche patologie, evidenziando i risultati dei diversi trattamenti adottati e delle diverse scelte e tecniche di osteosintesi così da evidenziare i risultati a confronto, sull'esempio del Congresso intitolato "Metodiche a Confronto" che si è tenuto a Venezia nel 1984 e tutto questo non certo per proporre linee guida o protocolli ufficiali di trattamento che potrebbero prestare il fianco a interpretazioni devianti e fonti di contenzioso, ma soltanto per evitare scelte inappropriate e a rischio di censura.

In definitiva e a conclusione di questo excursus su nozione di Diritto inerenti a colpa professionale è oramai sancito che per assolvere il

medico basta poter dimostrare insufficienza, contraddittorietà e incertezza delle prove della sua responsabilità.

Insufficienza significa avere raccolto prove non valide per un giudizio di colpevolezza o inadeguate a dimostrare che il cattivo risultato è dipeso solo ed esclusivamente dall'operato del sanitario.

Contraddittorietà significa esprimere giudizi opposti e contrari al reale "excursus" dei fatti, affermare il contrario di quello che è realmente accaduto.

Incertezza è il contrario di certezza e vuol significare non avere prove certe e sicure che il medico ha agito in modo errato, indeciso, scadente e non attinente al risultato che la prestazione doveva ottenere, la colpa è solo presumibile ma non certa.

Il rapporto di causa va ricercato e riformulato "*attraverso una criteriologia scientifica ma non nella meccanicistica analisi dei cosiddetti criteri probatori*". La prova può esserci o non esserci risultando superato il concetto della sua eventuale insufficienza per cui è "del tutto legittimo, doveroso e preferibile in condizioni di incertezza desistere anziché latamente dedurre (Barni)", pertanto quando nella ricostruzione dei fatti non emergono chiare e inequivocabili responsabilità di colpa medica ma solo criteri presuntivi possibilistici o probabili ma non certezze, allora vale il principio enunciato in Diritto "in dubio pro reo" o "in dubio abstine".